

(A 3809)

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de
MARCEL WALINE
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
TCME XXXI

**RECHERCHES SUR LE POUVOIR
RÉGLEMENTAIRE
DE L'ADMINISTRATION**

PAR
JEAN-CLAUDE DOUENCE
Docteur en Droit

Préface de
J. - M. AUBY
Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Bordeaux

Ouvrage honoré d'une subvention par le
Ministère de l'Education Nationale
et couronné par la Faculté de Droit et des
Sciences Economiques de Bordeaux

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1968

BIBLIOTHÈQUE
ÉTUDES DOCTORALES JURIDIQUES
DE LA SORBONNE

OUVRAGES PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

- TOME 1. — ROBERT (J.) : *Les violations de la liberté individuelle soumises par l'Administration (le problème des responsabilités).*
- TOME 2. — DURAND (C.) : *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire.*
- TOME 3. — ARDANT (P.) : *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle.*
- TOME 4. — DUCLOS-ADER (R.) : *Le droit de réquisition (théorie générale et régime juridique).*
- TOME 5. — DENIS-LEVY : *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre.*
- TOME 6. — FOURRIER (Ch.) : *La liberté du fonctionnaire (Essai de droit public comparé : France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, U.R.S.S., Allemagne, Suisse, Belgique, etc.).*
- TOME 7. — MOREAU (J.) : *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative.*
- TOME 8. — CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée. (Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire).*
- TOME 9. — GROSPENS J.-C. : *Les institutions et le régime juridique des cultes protestants.*
- TOME 10. — TOURDIAS (M.) : *Le sursis à exécution des décisions administratives, 1951, in-8°.*
- TOME 11. — BOURDONCLE (R.) : *Liberté d'opinion et fonction publique en Droit positif français.*
- TOME 12. — KOECELIN (R.-E.) : *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VII à 1873 (Etude de jurisprudence).*
- TOME 13. — JACQUEMART (D.) : *Le Conseil d'Etat juge de Cassation.*
- TOME 14. — DUBISSON (M.) : *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958.*
- TOME 15. — BORELLA (F.) : *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis 1946.*
- TOME 16. — DBEVET (P.) : *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946.*
- TOME 17. — VENEZIA (J.-C.) : *Le pouvoir discrétionnaire.*
- TOME 18. — CONFOIS (R.) : *La notion d'établissement public en droit administratif français.*
- TOME 19. — SPILIOPOPOULOS (Ep.) : *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français.*
- TOME 20. — GARREAU (R.) : *Le « Local Government » en Grande-Bretagne.*
- TOME 21. — KORNPRCBST (B.) : *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir.*
- TOME 22. — BARDONNET (D.) : *Le tribunal des conflits, juge du fond.*
- TOME 23. — LESCOTIER (G.) : *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées.*
- TOME 24. — PEUREUX (G.) : *Le Haut Conseil de l'Union Française et le Conseil exécutif de la Communauté.*
- TOME 25. — LAMARQUE (J.) : *Recherches sur l'application du Droit privé aux Services publics administratifs.*
- TOME 26. — GOUR (C.-G.) : *Le Contentieux des Services judiciaires et le juge administratif.*
- TOME 27. — RUZE (D.) : *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français.*
- TOME 28. — LESAGE (M.) : *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice.*
- TOME 29. — DEMICHEL (A.) : *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés. 2 volumes.*

- TOME 30. — WOLFF (G.) : *La trésorerie britannique.*
 TOME 31. — ROUSSEAU (G.) : *L'agent judiciaire du Trésor public.*
 TOME 32. — TROTABAS (J.-B.) : *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain.*
 TOME 33. — FROMONT (M.) : *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand.*
 TOME 34. — DI MALTA (P.) : *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique.*
 TOME 35. — LEFEBURE (M.) : *Le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration en droit anglais et français.*
 TOME 36. — AZAR (A.-A.) : *Genèse de la Constitution du 4 octobre 1958.*
 TOME 37. — PHILIP (L.) : *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises.*
 TOME 38. — DEBBASCH (C.) : *Procédure administrative contentieuse et procédure civile.*
 TOME 39. — DESFORGES (C.) : *La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat.*
 TOME 40. — NIZARD (L.) : *Les circonstances exceptionnelles dans la Jurisprudence administrative.*
 TOME 41. — OLLE-LAPRUNE (J.) : *La stabilité des ministres sous la III^e République.*
 TOME 42. — BERNARD (P.) : *La notion d'ordre public en droit administratif.*
 TOME 43. — DOUC-RASY : *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français.*
 TOME 44. — GILLI (J.-P.) : *La cause juridique de la demande en justice.*
 TOME 45. — DUBOIS (L.) : *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative.*
 TOME 46. — COTTERET (J.-M.) : *Croissance et déclin du pouvoir législatif en France.*
 TOME 47. — MAZERES (J.-A.) : *Véhicules administratifs et responsabilité publique.*
 TOME 48. — ARNE (S.) : *Le Président du Conseil des Ministres sous la IV^e République.*
 TOME 49. — LANDON (P.) : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954.*
 TOME 50. — MAESTRE (J.-C.) : *La responsabilité pécuniaire des agents publics français.*
 TOME 51. — CHARNAY (J.-P.) : *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires.*
 TOME 52. — DAUMARD (J.) : *Les marchés industriels des Départements de l'Etat.*
 TOME 53. — DANAN (Y.-M.) : *La vie politique à Alger de 1940 à 1944.*
 TOME 54. — TIMSIT (G.) : *La nature et le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français.*
 TOME 55. — SENECHAL (M.) : *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées.*
 TOME 56. — SANDEVOIR (P.) : *Etudes sur le recours des pleines juridictions.*
 TOME 57. — CASTAGNE (J.) : *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de politique administrative.*
 TOME 58. — BRETTON (Ph.) : *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée.*
 TOME 59. — LINO DI QUAL (G.) : *La compétence liée.*
 TOME 60. — RENARD-PAYEN (O.) : *L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux.*
 TOME 61. — FAVOREU (L.) : *Du Dénier de justice en Droit public français.*
 TOME 62. — MONTAGNIER (G.) : *Le Trésorier-Payeur général.*
 TOME 63. — MARTIN-PANNETIER (Mme Andrée) : *Eléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais.*
 TOME 64. — BAROUD : *La situation juridique des journalistes au Liban.*

- TOME 65. — LACHEAUME (Jean-François) : *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français.*
 TOME 66. — EMERI (Claude) : *De la responsabilité de l'Administration à l'égard de ses collaborateurs.*
 TOME 67. — CATHALA (Thierry) : *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires.*
 TOME 68. — BATAILLER (F.) : *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel.*
 TOME 69. — SABOURIN (Paul) : *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français.*
 TOME 70. — VINCENT (F.) : *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives.*
 TOME 71. — SFEZ (Lucien) : *Essai sur la Contribution du doyen Hauriou au Droit administratif français.*
 TOME 72. — KLEIN (Claude) : *La police du domaine public.*
 TOME 73. — RAINAUD (Jean-Marie) : *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel.*
 TOME 74. — CHAUDET (J.-P.) : *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse.*
 TOME 75. — MOURGEON (Jacques) : *La répression administrative.*
 TOME 76. — BRAUD (Philippe) : *La notion de liberté publique et ses implications en droit français.*
 TOME 77. — BASSO (Jacques) : *Les élections législatives dans le département des Alpes-Maritimes de 1860 à 1939.*
 TOME 78. — LANG (Jack) : *L'Etat et le théâtre.*
 TOME 79. — ISAAC (Guy) : *La procédure administrative non contentieuse.*
 TOME 80. — CHARLES (Hubert) : *« Actes rattachables et Actes détachables » en droit administratif français.*

Préface

Il serait sans doute tout à fait banal d'affirmer que l'étude du pouvoir réglementaire de l'administration constitue un des chapitres majeurs du droit administratif. Les actes réglementaires représentent la part quantitativement la plus importante des sources de ce droit ; le pouvoir de les édicter traduit chez celui qui le détient l'existence d'une qualité juridique essentielle, celle d'autorité administrative, situation qui ne comporte même pas dans tous les cas la compétence réglementaire.

Aussi fondamental est le rôle joué par le pouvoir réglementaire dans l'élaboration de la théorie générale du droit administratif. Il en va ainsi par exemple de la théorie des prérogatives de puissance publique : le règlement administratif, au moins dans certaines de ses formes, constitue un des types les plus achevés de ces prérogatives. Alors que dans le commerce juridique privé les individus juridiquement indépendants ne peuvent être liés que « ex lege » ou de leur propre consentement, l'administration reçoit le pouvoir d'établir par sa seule volonté unilatérale des obligations chez les tiers.

Peut-on oublier encore que c'est à partir d'une méditation sur le pouvoir réglementaire de l'administration que le Doyen DUGUIT a pu dégager quelques uns des éléments les plus importants de ses doctrines et notamment le primat et les formes des classifications matérielles.

Pour ces raisons et bien d'autres on ne pourrait que s'étonner de voir la littérature administrative qui foisonne en certaines matières, se révéler presque absente dans le domaine du règlement. En dehors de quelques études spéciales, les références des traités et manuels se bornaient à peu près à l'ouvrage de MOREAU, d'ailleurs remarquable et utilisable sur bien des points, mais datant de 1902.

C'est donc un sujet presque abandonné, mais redoutable que M. DOUENCE a eu le mérite d'affronter.

Au milieu des nombreuses difficultés auxquelles il a eu à faire face, s'est présentée celle tenant à la délimitation du sujet.

Il était évidemment impossible de lui consacrer une étude exhaustive qui aurait constitué la matière de plusieurs volumes. Aussi l'auteur contraint de trancher dans cet immense champ d'étude a voulu le faire en prenant pour thème non le règlement mais le pouvoir réglementaire : en d'autres termes, il s'est attaché à étudier non l'acte mais la compétence, abstraction faite des résultats de son exercice.

A la vérité — et M. DOUENCE ne se l'est jamais dissimulé — il y avait une large part d'artifice dans ce cantonnement. Nombre de problèmes se rattachent aussi bien à l'étude du règlement qu'à celle du pouvoir réglementaire. D'autre part, pour définir la notion objet de son travail, l'auteur a bien été obligé de dégager la définition du règlement. Cependant le défaut était en quelque sorte inévitable. La perspective adoptée n'entraîne du reste qu'un seul regret : après avoir constaté les richesses de l'ouvrage dans les questions auxquelles il s'est consacré, on ne peut que déplorer l'absence d'un semblable instrument de travail à propos des problèmes que M. DOUENCE a été conduit à éliminer de ses recherches.

Il ne saurait être question dans le cadre réduit d'une préface de passer en revue les nombreuses questions traitées dans l'ouvrage et d'en mesurer les apports. Ces derniers sont considérables sur tous les points et la thèse de M. DOUENCE constitue à cet égard un incomparable instrument de références. Plutôt que d'établir une sorte de catalogue qui ne remplacerait en rien la lecture de l'ouvrage, mieux vaut se borner à en rappeler quelques éléments essentiels, à évoquer les conclusions dont le lecteur reste empreint une fois oublié le détail des développements.

Une des idées sur lesquelles M. DOUENCE a mis l'accent avec la plus grande force est celle de la multiplicité des formes du pouvoir réglementaire. A côté de l'expression classique à laquelle on songe immédiatement apparaissent diverses autres, comme par exemple celle consistant dans les aspects réglementaires des contrats, auxquels l'auteur consacre d'intéressantes pages.

En présence de cette variété, de cette diversité, M. DOUENCE, tenu de rassembler dans une notion commune des réalités aussi dissemblables, en arrive à une conclusion dont l'importance n'échappera à personne. Il écrit : « ... la notion de pouvoir réglementaire, déjà fort vague, perd à peu près toute cohérence. Elle se dissout dans la compétence à prendre des dispositions de nature générale et impersonnelle. »

On remarquera immédiatement que cette définition a pour résultat d'enlever toute spécificité au pouvoir réglementaire administratif, de supprimer toute différence entre ce pouvoir et celui que l'on peut relever dans les institutions privées. Ce résultat, bien que surprenant, n'en est pas moins logique si l'on veut englober dans une même analyse toutes les manifestations

de ce pouvoir au sein de l'administration. M. DOUENCE est donc conduit à écarter de sa définition tout élément relatif à la prérogative de puissance publique.

Il est permis de penser que ce résultat n'est guère satisfaisant, non par la faute de l'auteur mais par celle de la terminologie et des conceptions généralement admises. Si l'on peut, si l'on doit même éliminer la prérogative au stade de la notion, il est bien difficile de le faire dès que l'on débouche sur le plan du régime juridique. A ce point de vue, le régime varie très largement selon que le règlement constitue ou non la mise en œuvre de la prérogative. On est conduit dès lors à se demander si à l'intérieur d'une notion très large et assez vague du règlement administratif, il ne conviendrait pas de distinguer deux étages de pouvoir réglementaire, l'un correspondant à une situation très proche de celle des institutions privées, l'autre conservant un caractère spécifique de droit public.

Combien d'utiles réflexions pourrait susciter également la lecture de la deuxième partie de la thèse consacrée à l'étude des autorités réglementaires ! Le lecteur y trouvera l'étude la plus précise qu'il soit sur le pouvoir réglementaire « clandestin » des Ministres, sur celui des autorités locales. Plus classiques peuvent paraître les développements consacrés aux pouvoirs réglementaires constitutifs, tant les articles 34 et 37 de la Constitution ont suscité de littérature. Cependant ici encore l'étude, vivifiée par des analyses remarquables, demeure toujours originale. On s'en convaincra par exemple en lisant les remarquables pages dans lesquelles l'auteur a montré la surprenante « symbiose » qui s'établit entre le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir réglementaire d'exécution des lois.

L'auteur ne se borne jamais à décrire. Il cherche sans cesse à apprécier et à juger et on relèvera à cet égard sa dénonciation de la faible diffusion que connaît en France le pouvoir réglementaire.

La dernière partie de l'ouvrage consacrée aux conditions d'exercice du pouvoir réglementaire est consacrée à quelques aspects choisis du régime du règlement. On se bornera ici à souligner ce qu'il y a d'heureux dans la présentation des développements axés autour des idées d'égalité et d'adaptation qui évoquent, à propos de l'activité réglementaire, les lois fondamentales du service public.

Il n'est pas utile cependant de multiplier ces remarques dont on pourrait penser qu'elles visent à inciter le lecteur à partager l'opinion hautement favorable du préfacier. Le seul rôle de celui-ci est d'inciter le lecteur à ouvrir l'ouvrage et à en entreprendre l'étude. Le jugement qui viendra ensuite n'inspire guère de crainte par avance.

J.-M. AUBY

INTRODUCTION GENERALE

Grise est la théorie alors que l'arbre de la vie est vert enseigne à l'écolier le Méphistophélès de Goethe. Cette métaphore ironique vaut pour les institutions comme pour les êtres vivants : elles ont leur vie propre modelée par leur histoire et irréductible à la description théorique que l'on peut en faire.

La plupart des institutions publiques elles-mêmes n'ont pas été créées ex nihilo par une volonté législative précise. Malgré la coupure de la Révolution elles sont bien souvent le produit d'une tradition bien antérieure à l'élaboration juridique et doctrinale du droit public contemporain. Le pouvoir réglementaire de l'administration figure parmi ces institutions nées et utilisées spontanément longtemps avant de faire l'objet d'une construction théorique.

Cette situation est naturelle et inévitable : la réalité sociale précède toujours la réflexion théorique et la rationalisation consciente. Elle déborde toujours le droit dont le but est de l'exprimer et de l'ordonner sans jamais parvenir à un équilibre définitif.

C'est souligner à la fois l'intérêt et les difficultés d'une étude du pouvoir réglementaire. L'intérêt vient de ce que le pouvoir réglementaire est plus qu'une simple institution juridique dont le contenu s'épuise par sa seule définition. Il est nécessaire d'approfondir l'analyse, de démêler les apports successifs qui ont donné la notion composite actuellement en usage. Cette recherche peut éclairer un aspect du régime politique français, en précisant les caractères de l'une des prérogatives les plus importantes de l'Exécutif et de l'Administration.

Mais les difficultés sont à la mesure de l'intérêt. Le pouvoir réglementaire recueille l'héritage de plusieurs siècles d'histoire politique et administrative. Le droit seul ne parvient à rendre compte de la richesse d'une notion profondément enracinée dans l'organisation du pouvoir politique et au-delà, dans les croyances sociales qui la fondent. Une partie de sa signification demeure inexprimée.

La complexité du phénomène réglementaire se manifeste dès

l'abord par l'absence de définition juridique et par la multiplicité des qualifications appliquées aux actes et situations apparemment les plus hétérogènes. Cette constatation préliminaire explique la démarche suivie. Le phénomène ne peut être cerné que par une recherche empirique de son contenu actuel tel qu'il résulte de l'évolution historique.

La préhistoire du pouvoir réglementaire se situe sous l'Ancien Régime. Il est inutile de remonter plus haut le cours des temps car un certain degré d'institutionnalisation et de différenciation du pouvoir politique est nécessaire pour qu'apparaisse une notion aussi complexe malgré son imprécision initiale.

Le terme a fait son apparition dans le vocabulaire bien avant que la notion ait reçu droit de cité dans les catégories juridiques. Plus exactement, le règlement s'est introduit dans l'usage administratif de façon fort discrète et progressive mais la multiplication des actes qualifiés de règlements a fini par provoquer un effort de compréhension et de clarification : ainsi a pris naissance, en deux ou trois siècles, la notion de pouvoir réglementaire. La pratique de la fin de l'Ancien Régime s'oriente, presque inconsciemment vers la conception qui sera explicitée pour la première fois sous le Premier Empire. Mais seul le recul du temps permet de percevoir cette évolution.

Le mot lui-même se rencontre pour la première fois dans un acte officiel sous le règne de Charles IX : Il s'agit des « lettres patentes du Roy du règlement et ordonnance pour la conservation de son domaine » en date du 26 novembre 1564 (1).

Il est donc employé depuis la fin du XVI^e siècle. Son usage, qui est continu, se répand surtout à la fin de l'Ancien Régime. Il est même courant dans la seconde partie du règne de Louis XVI (dix actes ainsi qualifiés paraissent le seul 1^{er} janvier 1786).

Il ne fait pourtant pas partie du vocabulaire diplomatique traditionnel. Son importance ne peut donc être très grande car l'Ancien Droit ne se préoccupe guère de catégories logiques mais tend plutôt à différencier les actes selon les modes d'expression de la volonté royale, c'est-à-dire selon des considérations formelles et procédurales. Le règlement ne figure donc pas à proprement parler parmi les « lois du Roi » (2).

Ces dernières se ramènent à trois catégories principales. Les plus solennels sont les actes revêtus de lettres patentes : édictés par le roi en son conseil, ils débutent par une adresse au nom du roi et emploient le pluriel de majesté. Ils sont scellés par le Chancelier avec le Sceau du Royaume et ne reçoivent application qu'après enregistrement par les parlements et cours souveraines.

(1) La plupart de ces précisions historiques sont tirées d'un article d'Hélène MICHAUD : « Les actes intitulés règlements sous l'Ancien Régime ». Bibliothèque de l'Ecole des Chartes 1957, p. 156-167.

(2) Cf. OLIVIER-MARTIN : *Histoire du Droit Français* 1948, pp. 345-356. OLIVIER-MARTIN : « Les lois du Roi ». Cours de D.E.S. Paris 1945-1946.

Aux lettres patentes s'opposent les ordonnances sans adresse ni sceau : rédigées sous une forme impersonnelle, elles sont signées par le roi et contresignées par un secrétaire d'état sans mention du Conseil. N'exigeant pas d'enregistrement par les cours souveraines, elles sont applicables immédiatement par les autorités désignées par la clause exécutoire. Enfin les arrêts du Conseil se différencient des ordonnances en ce qu'ils sont l'œuvre du Conseil du Roi, en présence ou non de ce dernier. Ils ne supposent ni sceau ni enregistrement et leur exécution est immédiate.

Ce schéma est bien entendu tout théorique. Il connaît beaucoup d'exceptions et de variantes, notamment ordonnances et arrêts sont souvent revêtus de lettres patentes, en général pour des raisons politiques. Mais il est clair que le règlement n'a pas de place dans cette classification.

Jusqu'à Louis XIII, la plupart des actes intitulés règlements sont des lettres patentes. Mais dès 1623 il se produit une confusion avec les ordonnances : les règlements apparaissent alors comme des ordonnances ou comme des variantes d'ordonnances dont la forme est très dépouillée (ainsi jusqu'en 1674, ils ne commencent pas par « De par le Roi »). A la fin de l'Ancien Régime, la plus grande liberté règne : on trouve même en 1787 et en 1789 des règlements faits en Conseil et signés par le Roi. En fait à partir de Louis XIV certains règlements ne peuvent plus être identifiés à une catégorie classique sans pour autant parvenir à constituer une catégorie autonome.

Si la forme diplomatique devient de plus en plus floue, le domaine matériel d'application se précise avec la répétition des précédents. Les premiers règlements sont surtout relatifs au roi et à la cour. Dès le XVII^e siècle leur domaine presque invariable est constitué par la Maison du Roi et les Conseils (c'est-à-dire l'administration centrale en termes modernes), l'armée, la marine et les colonies. Ils coexistent avec les ordonnances qui régissent généralement les aspects les plus importants des mêmes matières.

Cette délimitation ne résulte pas d'une circonstance fortuite : « Comme les ordonnances, ils (les règlements) s'exerçaient dans les domaines où l'autorité royale pouvait légiférer sans contrôle, à la différence des décisions promulguées par voie de lettres patentes qui requéraient, pour devenir exécutoires, l'enregistrement dans une cour souveraine. Dépourvus de sceau ils échappaient aussi au contrôle du chancelier au moment de l'audience sur les actes qu'on lui apportait pour être scellés » (3).

La tradition selon laquelle les droits et obligations des citoyens sont fixés par la loi alors que l'organisation administrative est le domaine naturel du pouvoir réglementaire n'a donc pas une

(3) Hélène MICHAUD : *op. cit.*, p. 163.

origine purement idéologique. Elle se forme avant que la Révolution de 1789 ne renouvelle la définition de la loi et ne lui apporte une consécration doctrinale. Elle repose sur une distinction technique : les règles qui s'appliquent aux individus sous le contrôle des tribunaux sont naturellement édictées sous forme de lettres patentes enregistrées par les cours souveraines et susceptibles d'opposition de la part des intéressés. Elles sont considérées comme de nature législative alors que les ordonnances, règlements et arrêts de Conseil concernent plutôt les règles directement applicables par les autorités administratives. Cette distinction qui n'a jamais été clairement précisée ni érigée en principe constitue depuis l'Ancien Régime l'une des bases coutumières du pouvoir réglementaire : pour des raisons à la fois idéologiques et institutionnelles loi et règlement ont chacun leur domaine naturel.

Un autre thème apparaît vers la fin du règne de Louis XVI. De nombreux règlements militaires pris en 1787-1788 apparaissent comme les mesures d'exécution d'un code militaire définitif en cours d'élaboration progressive. Plus remarquables encore sont les règlements faits en conseil qui fixent expressément les modalités d'application de l'édit de juin 1787 créant des assemblées provinciales et de l'édit du 2 août 1788 portant convocation des Etats Généraux. Pris en dehors de toutes les formes traditionnelles, ils sont manifestement les ancêtres des décrets d'exécution des lois et en particulier des règlements d'administration publique.

L'historien ne peut dire s'il y a là une amorce de réforme ou un signe de décomposition du régime monarchique. Mais le juriste moderne est tenté d'y voir un premier essai pour distinguer la loi du règlement en se fondant sur la notion d'application d'un acte principal par un acte subordonné. On ne peut affirmer que l'Ancien Régime aurait pu dégager une théorie de l'exécution mais il est certain qu'elle s'est formée naturellement peu après en se coulant dans les cadres préexistants.

L'idée que le règlement est un acte subordonné apparaît aussi dans plusieurs compétences des autorités subordonnées au roi. En effet le terme est aussi employé en dehors des actes royaux : les règlements des secrétaires d'Etat à la Guerre ou des maréchaux de France sont des actes d'exécution des ordonnances et règlements royaux. Les arrêts de règlement des cours souveraines posent un problème un peu plus complexe : il s'agit d'arrêts contenant des dispositions générales et permanentes que ce soit à l'occasion d'un litige précis ou en dehors de tout litige. Mais le terme est d'origine doctrinale et d'usage surtout moderne. Même si son originalité n'est pas clairement vue par les contemporains, l'institution existe depuis fort longtemps (le premier arrêt connu du Parlement de Paris date de 1353).

L'arrêt de règlement se rapproche du règlement d'exécution à la fois par son domaine (administration de la justice, police, adaptation de la loi royale ou de la coutume) et par son régime juridique (promulgué comme une ordonnance. Il doit être rendu selon la lettre et l'esprit de l'acte qu'il applique).

Un des grands juristes du temps systématise une réalité assez mouvante : « Le roy, ne pouvant tout savoir ni être partout et, par conséquent, ne lui étant pas possible de pourvoir à toutes les occurrences qui arrivent en tous les endroits de son royaume et qui requièrent être réglées promptement, permet à ses principaux officiers, soit des cours souveraines, soit des villes, de faire des règlements, chacun au fait de leurs charges qui ne sont pourtant que provisoires et faits sous le plaisir du roy, auquel seul appartient de faire lois absolues et immuables » (4).

En effet « c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine... c'est à moi seul qu'appartient le pouvoir législatif sans dépendance et sans partage ; c'est à ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication, à l'exécution de la loi déclare Louis XV au Parlement de Paris lors de la « séance de la flagellation », le 3 mars 1766.

De telles citations ne doivent pas faire illusion. Les notions pas plus que les termes ne sont fixés. On n'en veut pour preuve que la définition du règlement donnée par l'Encyclopédie : « On comprend sous ce terme tout ce qui est ordonné pour maintenir l'ordre et la règle. Tels sont les ordonnances, les édits et les arrêts rendus en forme de règlement ; tels sont aussi les statuts particuliers des corps et communautés laïques et ecclésiastiques » (5). En réalité cette somme de l'esprit du temps ne parvient pas à exprimer ce que signifie le terme de règlement. A fortiori, n'est-il pas question de pouvoir réglementaire.

La cause de cette carence n'est pas très difficile à comprendre : une distinction entre loi et règlements s'ébauche mais « cette discrimination n'ayant pas encore été entièrement opérée de nos jours, on ne saurait s'étonner de la trouver tellement imprécise dans les siècles antérieurs ». (H. Michaud op. cité p. 167). Elle ne peut déboucher sur une distinction nette du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire en raison de la concentration de la totalité des prérogatives entre les mains du roi. La distinction n'apparaît qu'à un niveau doctrinal très élevé (la souveraineté royale, les actes de puissance libre et de puissance réglée) ou au contraire au niveau de la pratique administrative (formes et procédures). La Révolution en assurant le triomphe de la théorie de la séparation des pouvoirs va lui fournir la base rationnelle et juridique qui lui faisait défaut.

(4) LOYSEAU : Des Seigneuries III 12.

(5) Encyclopédie - Tome XIV, p. 29.

Au premier abord, la tempête révolutionnaire vient renverser tout l'édifice lentement édifié. Le changement d'idéologie entraîne un bouleversement des idées et du vocabulaire juridique. Le règlement s'efface avec la tentative de faire de la loi la seule source du droit (6). Mais l'ambition révolutionnaire est utopique et le droit est conservateur : dès Thermidor les anciennes institutions juridiques réapparaissent au grand jour dans un cadre idéologique nouveau. Le pouvoir réglementaire va naître de la conjonction des principes politiques de la Révolution et des techniques juridiques de l'Ancien Droit.

Dans le discours préliminaire au code civil, Portalis pouvait opérer en ces termes la distinction de la loi et du règlement : « C'est aux lois à régler dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance publique qui crée, sont du ressort du règlement » (7).

Ces propos n'offrent d'intérêt que parce qu'ils sont devenus le fond commun des juristes du début du XIX^e siècle et qu'ils contribuent à modeler les institutions mises en place sous l'Empire. Leur ambiguïté est totale. Pour Portalis, le règlement est à la fois l'acte d'exécution de la loi, l'acte d'organisation administrative et l'acte de police générale.

Le pouvoir réglementaire n'est pas une construction abstraite et intemporelle. Il est dès l'origine le produit d'une longue évolution historique. Diverses traditions se superposent et s'enchèventrent pour lui donner un contenu réel bien plus riche qu'aucune exégèse ne peut le montrer.

Depuis 1789 la loi est l'expression de la volonté générale et le règlement l'acte d'une autorité non représentative. Elle était déjà la règle fondamentale, initiale, inconditionnée c'est-à-dire souveraine ; le règlement était déjà l'acte d'exécution. La loi régit les rapports sociaux, elle découle de la nature des choses. Le règlement est une manifestation de volonté de l'autorité publique ; il a pour objet l'organisation et la police de l'Etat.

Dès le départ, cette institution est chargée de significations diverses et plus ou moins compatibles entre elles : l'idée d'un domaine naturel ne s'accorde nullement avec celle du caractère subordonné et exécutif du règlement, pour prendre un seul exemple. Tous les efforts faits pour présenter une conception cohérente et unifiée se heurteront à la pérennité de thèmes hété-

rogènes mais indéracinables parce que profondément ancrés dans les présupposés collectifs.

Si le manque de cohérence interdit de poser une définition rigoureuse, il fait du pouvoir réglementaire un instrument particulièrement souple et par conséquent commode. Rien ne s'oppose en effet à l'adjonction de nouveaux éléments hétérogènes. Sous la pression des besoins pratiques, le pouvoir réglementaire évolue constamment : certaines notions changent de sens (du règlement complémentaire d'une loi au décret-loi sur habilitation), d'autres croissent (pouvoir autonome dans un domaine propre) ou au contraire déclinent (délégation législative). Prohibé en principe en 1791, le pouvoir réglementaire devient ainsi en 1958 le régime général d'élaboration des règles de droit, sans que son développement soit marqué par des bouleversements radicaux.

Il reste, ce qu'il a toujours été, un ensemble touffu et instable, produit d'une évolution coutumière et rebelle à toute définition simple. Cette constatation explique la démarche suivie pour en faire l'étude.

Une première optique serait séduisante : prenant acte du caractère évolutif du pouvoir réglementaire, elle conduirait à un plan historique qui retracerait les étapes de sa croissance. Un tel travail serait certainement très utile mais il requiert les compétences d'un historien et déborderait par son ampleur les limites du genre. C'est pour ces raisons très prosaïques que les considérations historiques seront réduites au minimum indispensable pour comprendre l'état actuel du droit positif. D'autre part l'hétérogénéité déjà soulignée du pouvoir réglementaire oblige à fragmenter les recherches : chaque compétence particularisée a son histoire propre qui sera évoquée en même temps que son aboutissement à l'époque contemporaine. Par conséquent, l'étude est centrée sur la physionomie que présente le pouvoir réglementaire sous la V^e République.

Une attitude plus hardie consisterait à bâtir une théorie générale du pouvoir réglementaire à partir d'une hypothèse de travail préalablement définie et justifiée. Elle offrirait l'intérêt de combler une certaine carence de la doctrine actuelle : la réforme constitutionnelle de 1958 qui modifie considérablement la construction traditionnelle n'a pas fait l'objet jusqu'à présent de synthèse doctrinale de grande ampleur. Les explications de la situation nouvelle, pourtant lourde de conséquences, sont encore à peine ébauchées.

Mais une telle orientation soulèverait bien des difficultés. Toutes les théories présentées jusqu'à maintenant aboutissent à privilégier l'une des significations possibles du pouvoir réglementaire au détriment des autres. La richesse de la notion, l'impossibilité d'en donner une définition simple et exhaustive limitent nécessairement leur valeur.

(6) Nous verrons qu'en réalité l'Exécutif fait des règlements malgré l'interdiction constitutionnelle, cf. *infra*, II^e partie, Titre I, chapitre II.

(7) Cité par SREZ : *Une survivance. Le règlement d'administration publique*, p. 251. Etude de droit public 1963.

Cette attitude pourrait permettre de dégager une ligne générale d'évolution mais conduirait inévitablement à négliger certains aspects de la réalité qui ne parviendraient pas à s'intégrer dans le schéma proposé. Elle était concevable à l'époque classique lorsque d'une part il fallait faire dépasser au droit administratif le stade de la pure exégèse et que d'autre part les institutions restaient relativement stables. (Encore faut-il noter que les synthèses effectuées par des auteurs aussi éminents que Duguit ou Carré de Malberg se sont périmées très rapidement). Elle serait malaisée à mettre en œuvre en raison des incertitudes actuelles : bien des aspects du droit positif méritent une analyse sérieuse avant que l'on puisse songer à les utiliser dans une théorie générale et la complexité de la notion s'est tellement accentuée qu'il semble bien difficile de dégager une idée générale qui aurait une valeur explicative réelle.

Une attitude plus modeste et plus prudente est donc préférable en l'état actuel du droit et des recherches doctrinales. Elle se contenterait d'un plan analytique et descriptif qui viserait à présenter un tableau aussi complet que possible de l'institution positive, au besoin en soulignant l'hétérogénéité voire les contradictions. Il ne s'agit pas de renoncer à formuler certaines interprétations mais de souligner dès l'entrée leur caractère relatif et limité en n'en faisant pas le point de départ d'une construction abstraite et générale.

Le souci de conserver la plus grande liberté d'observation et de présentation possible conduit à adopter un plan parfaitement neutre : l'analyse juridique classique d'une institution se déroule selon le triptyque : nature, compétence, régime juridique. Elle ne préjuge en rien des résultats qu'elle obtiendra à sa conclusion car elle ne constitue qu'un canevas commode.

La première partie est donc consacrée à rechercher une conception du pouvoir réglementaire applicable en droit positif. Cette recherche est d'abord négative : elle vise à montrer qu'il n'est pas possible de partir d'une définition *a priori* et d'une théorie générale. Elle aboutit à cette conclusion qu'il est pratiquement nécessaire de partir de la catégorie des actes réglementaires : en première analyse, le pouvoir réglementaire ne peut se définir autrement que comme le pouvoir de prendre de tels actes. Historiquement et concrètement, la notion de règlement précède celle de pouvoir réglementaire. Partir d'un recensement empirique d'une catégorie d'actes a ses avantages comme ses inconvénients.

Certaines limites du sujet peuvent être posées dès le départ. Le terme de pouvoir réglementaire reçoit parfois un sens extensif qui lui fait recouvrir l'ensemble du pouvoir de décision unilatérale de l'administration. Il englobe de ce fait des situations fort diverses, ce qui achève de lui ôter toute cohérence. La notion de règlement permet de se limiter expressément au pou-

voir de prendre des règles de droit générales et impersonnelles : nous négligerons le texte constitutionnel dans la mesure où il inclut implicitement le pouvoir de décision particulière. Nous écarterons également toutes les prérogatives qui ne comportent pas la création de règles de droit. C'est le cas notamment des actes portant ouverture de crédits budgétaires. La répartition des compétences entre le législateur et le gouvernement obéit dans ce domaine à des règles tout à fait originales qui relèvent d'études propres au droit budgétaire (8).

Le risque de cette méthode est de provoquer une certaine confusion entre ce qui relève de l'étude du règlement et ce qui concerne le pouvoir réglementaire proprement dit. Sans doute s'aperçoit-on très vite que le domaine du second déborde largement celui du premier : certains pouvoirs de prendre des décisions générales et impersonnelles ne se manifestent pas par l'émission de règlements. Mais une certaine confusion est inévitable au départ puisque précisément l'une des notions sert à définir l'autre. Elle doit être rapidement dissipée pour éviter toute ambiguïté et la distinction doit être marquée aussi nettement que possible dans les deux parties suivantes.

La première partie joue en effet le rôle d'une introduction étendue. Elle cherche moins à découvrir la nature intime du pouvoir réglementaire qu'à en préciser les limites positives. La démarche adoptée implique qu'elle ne se prononce pas sur une conception du pouvoir réglementaire qui ne peut se dégager que de la suite des développements.

La seconde partie est consacrée à la compétence de l'administration en matière réglementaire. Sa délimitation ne soulève pas de difficultés majeures. Les problèmes de compétence, c'est-à-dire d'habilitation légale à prendre certains actes se distinguent sans mal de ceux que posent ces actes eux-mêmes. Sauf dans le cas où la compétence de l'auteur de l'acte et la qualification de ce dernier sont étroitement liés. Mais les répétitions qu'impliquent de tels recoupements peuvent être atténuées par le changement de point de vue.

L'étude des compétences suit normalement la délimitation du sujet car il apparaît très vite que le pouvoir réglementaire n'est pas en soi une prérogative de puissance publique, qu'il n'est qu'un procédé sans contenu décisif intrinsèque. La seule difficulté de cette partie réside donc dans le caractère autonome de chaque compétence : chacune a son régime juridique, son étendue et ses limites particulières puisque l'élément réglementaire n'a aucun effet unificateur.

La multiplicité des compétences risque de provoquer une dispersion de l'étude qui s'écarterait de son objet principal.

(8) Cf. J.M. COTTERET : *Le pouvoir réglementaire en matière budgétaire* R.S.F. 1963, pp. 372-419 (L'auteur montre bien qu'il ne s'agit ni d'un pouvoir autonome, ni d'un pouvoir d'exécution des lois).

C'est pourquoi il est nécessaire de limiter les développements consacrés à chaque point ainsi que le nombre de points abordés. Cette double sélection est inévitablement empirique et même arbitraire : certaines compétences sont étudiées en raison de leur intérêt pratique, d'autres en raison de leur intérêt théorique, d'autres enfin sont négligées. Tous ces choix sont contestables mais la nécessité de procéder à un choix ne l'est pas.

Le foisonnement et la diversité des compétences réglementaires appellent un effort de systématisation au moins au niveau de la présentation. Le procédé de classement le plus simple se fonde sur la hiérarchie des titres de compétences. Il permet de dégager trois groupes d'attributions dont les caractères sont sans doute divers mais dont le mode d'insertion dans l'ordonnement juridique est analogue : les pouvoirs réglementaires fondés sur la Constitution jouent un rôle central car ils sont très larges et s'imposent à tous les autres, tant par leur origine constitutionnelle que par leur titulaire (Président de la République et Premier Ministre). Ceux qui se fondent sur la loi ou le règlement précisent l'aménagement des compétences à l'échelon inférieur. Enfin les pouvoirs reconnus par le juge en l'absence de tout titre ont un rôle subsidiaire : ils pallient les carences de la réglementation écrite.

L'accent est mis sur la diversité du phénomène réglementaire. Une certaine unité ne peut être retrouvée qu'au niveau du régime juridique qui fait l'objet de la III^e partie. La raison en est que le pouvoir réglementaire n'est qu'un procédé de décision mis avec d'autres, à la disposition de nombreuses autorités pour réaliser les missions les plus variées. Le seul élément d'unité découle du caractère général et impersonnel de l'acte réglementaire : les conséquences de ce caractère définissent les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire.

L'étude part du régime juridique et contentieux de l'acte réglementaire. Mais elle ne s'y attache que dans la mesure où il permet de dégager les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire proprement dit. La distinction des deux séries de problèmes reste malgré tout assez délicate à opérer.

L'étendue du sujet crée d'autres difficultés, d'autant plus grandes que le but est, cette fois, de montrer l'unité du pouvoir réglementaire. Seules sont retenues d'une part les solutions valables pour l'ensemble des compétences réglementaires et d'autre part celles qui se rattachent à des principes généraux. Le principe d'égalité et le principe d'adaptation constituent l'ossature des développements car tous deux semblent présenter une grande originalité en matière réglementaire. Ce choix implique que d'autres aspects, jugés relativement secondaires, ont pu être négligés pour ne pas altérer l'effort de regroupement.

PLAN GENERAL

INTRODUCTION GENERALE

1^{re} partie : LA NOTION DE POUVOIR REGLEMENTAIRE

- Les aspects sociologiques du pouvoir réglementaire.
- Le choix d'une hypothèse de travail.
- La notion juridique de règlement administratif.
- Les aspects réglementaires des contrats.

2^e partie : LES AUTORITES DOTÉES DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Titre I : La compétence en matière réglementaire fondée sur un titre constitutionnel.

- La constitution et le pouvoir réglementaire.
- Le pouvoir réglementaire d'exécution des lois.
- Le pouvoir réglementaire autonome.
- Conclusion : les relations entre les deux pouvoirs réglementaires constitutionnels.

Titre II : Les pouvoirs réglementaires fondés sur une loi ou un règlement.

- Le titre de compétence légal ou réglementaire.
- Les pouvoirs réglementaires du ministre.
- Les pouvoirs réglementaires des autorités publiques autre que les ministres.

Titre III : Les pouvoirs réglementaires reconnus sans texte.

- Les pouvoirs propres du chef de service.
- Le règlement intérieur des assemblées administratives.

CONCLUSION DE LA II^e PARTIE

3^e partie : LES CONDITIONS D'EXERCICE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

- Généralités sur le régime juridique du pouvoir réglementaire.

- Le principe d'égalité dans l'exercice du pouvoir réglementaire.
- Le principe d'adaptation du pouvoir réglementaire : les prérogatives de l'autorité réglementaire.
- Le principe d'adaptation : les obligations de l'autorité réglementaire.

CONCLUSION GENERALE

PREMIERE PARTIE

LA NOTION DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Les aspects sociologiques du pouvoir réglementaire (chapitre I) peuvent servir à le situer dans la réalité socio-politique de notre époque. Mais ils ne permettent guère de fonder une théorie juridique. Le choix d'une hypothèse de travail (chapitre II) n'en est pas facilité. Seule une conception neutre et extensive rend compte du droit positif. Le pouvoir réglementaire se définit alors à partir de la notion juridique de règlement administratif (chapitre III). Mais il englobe également les aspects réglementaires des contrats (chapitre IV). On parvient alors à une notion protéiforme qui n'a à peu près aucune unité et qui en tout cas ne peut constituer un véritable pouvoir.

CHAPITRE I

LES ASPECTS SOCIOLOGIQUES DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Le pouvoir réglementaire prend ses racines dans la réalité sociale. Sans doute le droit n'est-il pas un simple reflet de cette dernière et a-t-il comme la politique à laquelle il est d'ailleurs intimement lié, un certain degré d'autonomie ; mais il ne peut, sans se condamner à terme, renoncer à rendre compte des faits sociaux. L'hypothèse la plus plausible, que nous ne chercherons pas à démontrer ici, est celle d'une interaction, en proportion variable, entre tous les phénomènes sociaux.

L'hypothèse d'une détermination unilatérale de la superstructure politico-juridique par l'infrastructure socio-économique peut se révéler exacte dans certains cas mais elle est démentie par les faits en tant qu'explication générale. Il n'y a pas vraiment de point de départ à une chaîne de causalité et, de plus, à l'époque contemporaine presque tous les pouvoirs politiques ont « l'ambition prométhéenne » de réformer la société qu'ils régissent bien plus que le désir d'exprimer et de conserver l'ordre social hérité du passé.

Une analyse sociologique du phénomène réglementaire peut donc être utile, mais non suffisante, à une meilleure compréhension du droit positif.

En première approximation, le pouvoir réglementaire est le pouvoir d'émettre des règles générales et impersonnelles, obligatoires pour leurs destinataires. Cette définition n'a pas besoin d'être précisée et elle ne peut l'être dans la mesure où elle englobe des situations de pur fait. Pour l'instant il suffit de montrer qu'elle met l'accent sur le caractère impersonnel de la règle. L'essence de la règle est en effet de s'adresser à une catégorie abstraitement déterminée, sans faire acception de personnes.

L'impersonnalité de la règle lui confère une grande originalité parmi les ordres qu'est susceptible de donner une autorité quelconque. Elle est un aspect du phénomène plus vaste d'institutionnalisation du pouvoir. Mais dans une société institutionnalisée, le pouvoir réglementaire n'est pas l'apanage de la puissance publique, il est exercé à des degrés divers par tous les pouvoirs sociaux. Dans un autre ordre d'idée, sa valeur n'est pas seulement technique mais aussi idéologique dans les sociétés démocratiques et libérales et il revêt en France des caractères particuliers liés à l'adoption d'un modèle d'organisation bureaucratique.

Section I. — Le pouvoir réglementaire et l'institutionnalisation du pouvoir.

Au cours de l'histoire, le pouvoir politique a connu différentes formes qui ne se succèdent pas de façon accidentelle mais correspondent à un certain état de la société. La classification héritée du Durkheim et reprise par beaucoup de sociologues distingue la phase du pouvoir immédiat où le caractère politique du pouvoir n'est pas distingué, celle du pouvoir individualisé où le pouvoir politique se dégage en s'identifiant avec la personne de son détenteur, enfin la phase du pouvoir institutionnalisé à laquelle sont parvenues les sociétés actuelles (1).

On peut considérer que, selon les termes de M. Burdeau « l'Etat c'est le pouvoir institutionnalisé » (p. 149). La création de l'Etat n'est autre qu'un acte d'institutionnalisation c'est-à-dire la création d'un support impersonnel des prérogatives du pouvoir.

Il ne nous appartient pas d'analyser en détail les causes de cette évolution historique. Le point de départ en est les inconvénients du pouvoir individualisé : vulnérabilité et instabilité du pouvoir personnel, précarité du mode de dévolution. Ces inconvénients s'accroissent avec l'évolution de la société vers une plus grande complexité et vers un progrès de l'esprit politique : la nécessité technique d'une organisation politique plus poussée et la nécessité politique d'un arbitrage permanent entre les forces sociales font disparaître les liens personnels entre sujets et chef et font ressentir le besoin de stabilité auquel répond l'institutionnalisation du pouvoir.

Ce phénomène présente plusieurs caractères principaux qui attribuent tous une grande importance à la règle de droit objectif.

L'institutionnalisation est en premier lieu une dissociation du

pouvoir et de son titulaire. Le pouvoir n'est plus ni la propriété ni une qualité personnelle du chef. Ce dernier est assujéti à une fonction, il est investi d'une compétence qui marque les limites de son autorité. Le droit de commander et de contraindre n'a qu'un titulaire permanent et exclusif : l'institution abstraite, l'Etat dont les gouvernants ne sont que les agents.

Le pouvoir institutionnalisé se présente alors nécessairement comme un pouvoir de droit. Quelle que soit la forme du régime, la détention et l'exercice du pouvoir sont soumis à un corps de règles juridiques qui déterminent de façon abstraite et impersonnelle les structures de l'institution, les relations entre gouvernants et gouvernés. Cette organisation juridique revêt un caractère rationnel. Une certaine prise de conscience du groupe est en effet nécessaire (par exemple l'apparition de l'idée nationale) et elle conduit à la formulation d'un droit positif plus cohérent et réfléchi.

Enfin le pouvoir institutionnalisé implique un certain équilibre des forces sociales. L'institution et les normes juridiques qu'elle suppose expriment les rapports de force réels des groupes sociaux. Elles établissent un équilibre plus ou moins stable qui dépend de leur faculté d'adaptation aux transformations de la société. La rupture de l'équilibre provoque une crise qui conduit à une nouvelle forme d'équilibre.

Ces trois caractères ne doivent pas conduire à croire que le pouvoir institutionnalisé réalise un progrès sur le plan des valeurs morales et politiques. Il n'exclut pas l'existence d'un conflit et la domination de certaines forces, autrement dit, il n'instaure pas nécessairement un ordre juste et harmonieux (qui resterait d'ailleurs à définir).

Il n'est qu'un progrès technique du pouvoir en ce sens qu'il est un progrès de l'efficacité gouvernementale, un perfectionnement des techniques de gouvernement. Il est rendu inévitable par l'évolution sociale, mais il s'adapte aux régimes politiques les plus divers aussi bien sur le plan des institutions que sur celui des croyances : l'Etat est un concept neutre qui ne choisit pas entre les différents aspects de la réalité étatique.

Mais dans tous les cas, l'institutionnalisation du pouvoir conduit à une promotion du droit objectif, c'est-à-dire des règles générales et impersonnelles.

L'acte d'institutionnalisation lui-même est une règle juridique. Il se concrétise dans la constitution de l'Etat, au sens large du terme. Il est une norme objective, une règle sociale supérieure qui crée une certaine organisation politique et qui s'impose à tous, gouvernants comme gouvernés.

Le pouvoir législatif (qui comprend le pouvoir réglementaire) se dégage progressivement du droit coutumier et un statut objectif se substitue à des droits subjectifs ou à des situations de pur fait. Dans toute l'organisation sociale, les situations

(1) Cf. BURDEAU : *Traité de Science Politique*, Tome II, Chapitre III. L'institutionnalisation du pouvoir n° 90 à 186.

J.-L. SEURIN : *Cours de Droit Constitutionnel*, Bordeaux 1964-1965, pp. 50-58.

générales et impersonnelles se répandent, car elles découlent du caractère abstrait par nature de l'institution.

Le problème du fondement du pouvoir se trouve renouvelé et de nouveaux problèmes apparaissent : le statut objectif de l'institution donne jour à la notion de légitimité des gouvernants : la détention et l'exercice du pouvoir devront être conformes à ce statut car les gouvernants ne fondent leur autorité que sur une aptitude légale à accomplir certains actes.

L'existence du droit objectif est le plus souvent antérieure à celle de l'Etat (prescriptions coutumières ou religieuses) mais elle n'est pas toujours perçue par les intéressés. L'institutionnalisation du pouvoir la rend évidente et surtout donne naissance à l'idée de puissance publique, ensemble de prérogatives détachées des volontés humaines individuelles et force impersonnelle nécessaire à la cohésion de la société étatique.

Cette puissance publique s'exprime au premier chef dans le pouvoir d'édicter des règles obligatoires : Jean Bodin notait fortement au XVI^e siècle : « Sous cette même puissance de donner et de casser la loi sont compris tous les autres droits et marques de la souveraineté. De sorte qu'à proprement parler, on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de la souveraineté, attendu que toutes les autres sont contenues dans celle-là » (2).

Section II. — La généralité du phénomène réglementaire dans les relations sociales.

La vision libérale de la société n'a jamais été que la projection d'un idéal qui ne correspondait pas toujours à la réalité des faits. Le refus des groupes intermédiaires entre l'Etat et l'individu s'est effectivement accompagné au XIX^e siècle d'une atomisation de la société. Mais au XX^e siècle de nouveaux groupes, plus puissants que ceux qui avaient été supprimés ont réapparu et l'encadrement collectif par de grandes organisations devient un trait caractéristique des sociétés contemporaines.

Il se reconstitue donc des pouvoirs sociaux que leur caractère privé n'empêche pas d'agir de façon autoritaire. Parvenus à un certain degré de développement, les groupes de toute nature sont naturellement amenés à s'organiser autour d'un centre de décision et à adopter les techniques d'organisation rationnelles et bureaucratiques.

Cette tendance sociologique mériterait une démonstration et de plus amples développements qui n'ont pas leur place ici. La conclusion demeure que, sur le plan scientifique, le phénomène du pouvoir ne se limite pas au seul Etat, à la seule puissance publique mais qu'il apparaît dans tout groupe dont les membres

sont suffisamment conscients de leurs intérêts communs et prêts à une action collective.

Le pouvoir réglementaire, considéré comme une modalité particulière du pouvoir de décision unilatérale se retrouve donc dans tous les groupes ou la rationalisation et l'institutionnalisation du processus de décision ont pu se développer. Il correspond tellement à des besoins généraux de la vie du groupe qu'il se manifeste même dans des groupes dépourvus de toute organisation formelle.

La profession, même inorganisée, élabore ses propres règles de conduite. La coutume ou l'usage professionnel est la forme la plus spontanée et la plus primitive de la réglementation. A un stade plus évolué, certains organismes reçoivent mission de rassembler et d'officialiser ces usages (la loi du 3 janvier 1924 qui crée les chambres d'agriculture les charge, dans son article 24, de codifier les usages).

La prise de conscience qui en résulte ouvre la voie à une réglementation plus volontaire : c'est l'apparition de règles de conduite, pratiquement obligatoires pour tous les membres du groupe, établies par un pouvoir de fait. Cette réglementation utilise normalement les procédés ouverts par le droit positif : le règlement d'atelier s'insère dans le contrat de travail, l'entente professionnelle prend également une forme conventionnelle mais la réalité demeure réglementaire. Un accord de cartel s'impose unilatéralement aux entreprises non parties à l'accord et même à celles qui ont été obligées de signer en raison de leur situation de fait.

La législation peut reconnaître ces pouvoirs réglementaires (codes de déontologie des ordres professionnels) ou les combattre (lutte contre les abus des ententes professionnelles) selon qu'ils paraissent plus ou moins compatibles avec l'intérêt général. Elle peut favoriser la tendance générale (conventions collectives de travail, réglementation édictée après consultation des intéressés) ou au contraire refuser d'en tenir compte : le principe de laïcité et la séparation de l'Eglise et de l'Etat sont interprétés de façon à interdire à l'Etat de prendre en considération les relations d'autorité qui existent au sein des Eglises.

Mais le phénomène n'est pas contestable : il existe dans les sociétés pluralistes une multitude de centres de décision autonomes qui utilisent à des degrés divers les procédés autoritaires et notamment le procédé réglementaire. L'analogie peut être poussée très loin : lorsque la commission consultative de l'enseignement catholique adopte un règlement sur le passage des élèves de première en classe terminale, elle exerce sur l'enseignement privé confessionnel une fonction comparable à celle du ministre de l'éducation à l'égard de l'enseignement public. Seule diffère la sanction que le droit positif de l'Etat accorde aux deux

(2) J. Bodin : *La République*, Livre I, chapitre X.

catégories de règlements puisqu'au surplus les deux textes sont presque semblables (3).

La conclusion qui s'impose est qu'il y a en réalité autant de systèmes juridiques que d'institutions organisées. L'autorité est le critère de l'institution : « L'autorité est intrinsèque à l'institution. Je ne dis pas qu'elle en est l'attribut, la dotation, l'apanage... ; elle est sa condition d'existence, elle est sa manière d'être, elle est son « comportement »... L'autorité a son fondement immédiat dans les exigences de la vie sociale, telles qu'elles se révèlent à l'examen de la raison » (4).

Le pouvoir réglementaire qui n'est qu'un des modes d'exercice de cette autorité existe donc à des degrés divers dans toutes les constitutions, quelle que soit la forme juridique dans laquelle il se coule. Son existence est spontanée et ne résulte pas de la concession faite par une autorité extérieure. L'Etat qui englobe la plupart des institutions privées ou publiques peut se les subordonner, en ordonner les compétences dans le sens de l'intérêt commun dont il est chargé. Mais dans la réalité sociale, il n'est pas la véritable source de leur pouvoir.

Pour s'en tenir à l'administration, l'exemple historique des communes est significatif : elles sont nées d'un mouvement social bien avant l'apparition de l'Etat qui les a progressivement intégrées dans son appareil juridico-politique.

L'analyse juridique ne correspond pas toujours à ce schéma car notre droit est étatique et porteur d'une idéologie souvent hostile à la libre expression des pouvoirs sociaux. Mais elle ne peut s'en éloigner trop sans sombrer dans l'irréalisme.

Section III. — La valeur idéologique de la règle impersonnelle.

La nature même du pouvoir institutionnalisé implique une prolifération de règles impersonnelles dont les sociétés contemporaines ne sauraient se passer en raison de leur complexité. Mais les avantages techniques du procédé n'expliquent pas tout. Toute une philosophie politique, devenue une véritable croyance sociale, a attaché une valeur normative et éthique à la règle de droit.

1°) La loi, définie comme la règle de droit générale et impersonnelle, tient une place de choix dans l'histoire de la pensée politique. Elle nourrit les controverses depuis l'Antiquité, sans que les arguments ne s'épuisent ni ne se renouvellent beaucoup.

Platon reprochait à la loi sa généralité qui l'empêchait d'être juste puisque, selon lui, il n'était de pire injustice que de traiter également des choses inégales. Il lui préférerait de beaucoup l'ordre particulier que le roi-philosophe pourrait adapter exacte-

ment aux besoins de la situation concrète. Le recours au procédé législatif lui semblait être un pis-aller qui n'était admissible qu'en raison de l'imperfection humaine (5).

Une grande partie de la pensée politique grecque reprenait ces thèmes d'inspiration aristocratique et idéaliste. Mais elle était en divorce éclatant avec les croyances sociales qui régnaient dans beaucoup de cités grecques à l'époque classique.

Ces dernières édifiaient des régimes démocratiques dont Athènes est le modèle. Curieusement l'idéologie démocratique n'a donné naissance à aucune œuvre maîtresse : même Aristote, partisan du juste milieu, de la « police » censitaire, ne peut être vraiment considéré comme un défenseur des démocraties de son temps qu'il considérait souvent comme des formes corrompues de gouvernement.

Cette idéologie démocratique n'en était pas moins extrêmement vivace. Un des rares textes parvenus jusqu'à nous, l'oraison funèbre prononcée par Périclès en l'honneur des Athéniens morts au combat et rapportée par Thucydide (II-36-41) est représentatif d'une idéologie collective plus que d'une pensée théorique élaborée. Pour Périclès, la démocratie se définit d'abord par « l'isonomie », l'égalité devant la loi : la loi générale et impersonnelle garantit l'égalité et la liberté de tous les citoyens.

Toute l'argumentation du contrat social se trouve en germe dans ce texte célèbre. Depuis lors, la loi ne peut plus être considérée comme un simple procédé technique, plus ou moins efficace ; elle acquiert une valeur morale et politique qui en change fondamentalement le sens.

2°) L'épanouissement des théories de la loi se situe au XVIII^e siècle. Le siècle des lumières a vu dans le règne de la loi le moyen de fonder une société juste où, conformément à la nature, tous les hommes seraient libres et égaux en droit.

Cette conviction se fonde sur une philosophie générale de l'homme de la société et de la nature qui reprend les mêmes thèmes de loi naturelle, de loi morale... La pensée kantienne qui clôt cette période présente une synthèse cohérente de ces différents éléments (6).

Presque tous les auteurs du XVIII^e attachent une signification libérale à la règle générale et impersonnelle. Montesquieu notamment, qui revendique avec éloquence le droit à la liberté et à la sûreté, distingue le monarque du despote par le fait que le premier gouverne « par des lois fixes et établies » (7).

Cette conception trouve son expression la plus systématique dans Rousseau qui voit dans la loi l'expression de la volonté

(5) Cf. « La République » et « Les lois » et les analyses qui en sont faites notamment par TOUCHARD : *Histoire des Idées Politiques*, tome I, pp. 28-36.

(6) Cf. Touchard : *Histoire des Idées Politiques*, tome II, p. 488 et sq.

(7) MONTESQUIEU : *L'esprit des lois*.

(3) Cf. Le Monde, 22 janvier 1964.

(4) Renard. *Théorie de l'institution*, pp 314-318.

générale, une garantie d'égalité et par conséquent de liberté : « Le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur..., il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres et... il ne peut nuire à aucun en particulier... Tout acte de souveraineté... oblige ou favorise également tous les citoyens » (8). La généralité de la loi implique donc qu'elle tend au bien commun. L'égalité devant la loi assure la justice. Elle assure aussi la liberté car chacun obéissant à tous, n'obéit finalement qu'à lui-même.

3°) Les philosophes ont contribué à répandre l'esprit du siècle. La Révolution de 1789 marque le passage de leurs doctrines au rang des croyances sociales. Les principes de 1789 sont la synthèse de leurs apports composites et l'on sait que la déclaration des droits de l'homme et du citoyen font onze fois appel à la loi.

La pensée libérale qui imprègne la société européenne du XIX^e siècle reprend et développe cette synthèse avec toutes ses ambiguïtés et ses contradictions : selon les écoles, selon les tempéraments aussi, la liberté politique est cherchée plutôt dans la soumission à la loi qui affranchit de toute sujétion à l'égard d'un homme ou plutôt dans la participation au pouvoir, c'est-à-dire à l'élaboration de la loi.

L'idéologie démocratique et libérale a été victime de son propre succès. Elle n'est plus le bien propre d'une famille politique. Elle est devenue, à des degrés divers, partie intégrante de l'héritage commun à toute la civilisation occidentale. Le règne de la loi n'est pas seulement l'aspiration de quelques libéraux, il est une institution, devenue traditionnelle, de nos sociétés.

Cet arrière-plan ne peut être ignoré pour comprendre la place que joue le pouvoir réglementaire dans les institutions et les représentations collectives.

4°) Le règlement qui présente la même nature matérielle que la loi bénéficie, dans une certaine mesure de la même confiance. Dans la doctrine classique, surtout française, la valorisation du pouvoir réglementaire correspond pour une bonne part à un souci libéral, plus ou moins explicite.

Tout le débat sur le pouvoir discrétionnaire repose sur l'idée que seule la règle générale et préétablie peut limiter l'arbitraire : « ... La liberté est intéressée à l'établissement de règles qui, par essence, ne peuvent favoriser ou opprimer, qui, susceptibles d'applications indéfinies et imprévues, risquent de décevoir la tyrannie et d'atteindre les tyrans eux-mêmes » (9).

« S'il faut des règles générales au-dessus de l'administration et des juges, c'est moins dans l'intérêt de la justice et de la

(8) J. J. ROUSSEAU : *Le contrat social*, livre I, chap. VII.

(9) MOREAU : *op. cit.* p. 6.

bonne administration que dans l'intérêt de la sécurité : la sécurité s'achète au prix de la généralité » (10).

Mais le règlement est aussi l'œuvre du Pouvoir, de l'Administration. Il peut donc être oppressif puisqu'il n'émane pas de la volonté générale de la nation. La conciliation de ces deux aspects contradictoires se fait par le principe de légalité qui subordonne le règlement à la loi. Le pouvoir réglementaire d'exécution des lois est né du souci de ne pas sacrifier la liberté aux nécessités techniques : généralité de la règle et soumission indirecte à la volonté de la représentation nationale se combinent pour parvenir à ce résultat.

La doctrine classique qui s'enracine dans l'idéologie politique dominante comporte un élément important de vérité. Par sa généralité même, une règle implique une certaine stabilité qui favorise la prévision de l'avenir et l'adaptation des situations. La sûreté individuelle, l'indépendance des personnes et des groupes, la garantie contre l'arbitraire ne peuvent être assurés sans recours à ce procédé.

5°) Mais les thèses classiques ne peuvent plus être acceptées sans réserve. La vertu libérale de la règle impersonnelle doit être nuancée au moins sur deux points.

En premier lieu, les systèmes juridiques actuels semblent plus éloignés que jamais de ce qui semblait à Hauriou un élément essentiel du régime de droit : la nécessité de fonder une décision particulière sur une règle générale préalable « n'a encore jamais été formulée comme règle de droit positif ; mais il est infiniment probable qu'elle le sera... cela est désirable car ce sera une garantie de plus pour les administrés » (11).

Non seulement il n'en a rien été mais certaines décisions particulières ont pris une importance politique bien plus grande que celle de la presque totalité des règlements. Les nominations à certaines hautes fonctions ont toujours constitué des décisions fondamentales. Mais à l'heure actuelle, la politique de la nation est déterminée et conduite au moins autant par des actes particuliers que par des règlements : la décision de construire une bombe atomique ou celle d'implanter une entreprise à tel endroit engageant davantage l'avenir de la France ou d'une région que la nouvelle rédaction du règlement général sur la comptabilité publique. De nouvelles formes d'action se développent, comme par exemple les directives en matière de planification souple. En tout état de cause, le pouvoir réglementaire n'est plus, s'il l'a jamais été, le principal instrument d'action du Gouvernement. Ce déclin qualitatif de la réglementation laisse subsister intact le souci libéral des classiques.

(10) RENARD : *Théorie de l'institution*, p. 18.

(11) M. HAURIOU : note sous T.C., 22 avril 1910. Préfet de la Côte d'Or c/ abbé PIMENT... S 1810-III-129.

Même lorsque le procédé réglementaire est utilisé, il est loin d'offrir les garanties qu'imaginait l'idéologie libérale. Mais le résultat ne correspond pas à cette attente : la définition de la généralité, telle qu'elle a été adoptée s'y oppose : elle est en effet étrangère à toute préoccupation d'égalité. Rien n'empêche la définition de catégories juridiques d'être parfaitement arbitraire et de conduire à différencier le traitement fait aux individus. Il est tout au plus permis de penser que des résultats parfois inattendus peuvent être atteints. Mais en définitive il n'y a d'autre différence entre la détermination par voie réglementaire des catégories de personnes à envoyer en camp de concentration et la désignation de ces personnes par des mesures individuelles que la plus ou moins grande facilité rencontrée par l'administration pour appliquer ces décisions. De ce point de vue, le souci de l'efficacité administrative joue sans doute en faveur du règlement.

En France, l'égalité des citoyens devant les charges publiques constitue un principe général du droit. Des solutions analogues sont adoptées dans toutes les démocraties constitutionnelles et pluralistes. La possibilité de création arbitraire de catégories soumises à un traitement inégalitaire en est limitée d'autant. Mais il s'agit d'une limitation dont le fondement est extérieur au principe de généralité et d'impersonnalité et non d'une limite intrinsèque, posée par la définition même du règlement (12).

6°) Le procédé réglementaire est donc étroitement lié à l'Etat de droit mais ce dernier ne peut en aucune façon être confondu avec un régime libéral. Il reste parfaitement indifférent du point de vue des valeurs éthiques ou philosophiques. Il réalise seulement un progrès technique dans l'aménagement du pouvoir politique et administratif.

Cette conclusion qui est à peu près indiscutable sur le plan des institutions proprement dites n'est pas tout à fait valable si l'on considère les croyances collectives.

La mystique de la loi n'a pas disparu. Elle s'est même enrichie en ce sens que nul ne croit plus que l'impersonnalité de la règle procure automatiquement les résultats qu'y attachaient les classiques. Elle traduit des aspirations beaucoup plus complexes et difficiles à synthétiser : indépendance de la magistrature, droits de la défense, tous les principes généraux du droit font partie de cette nouvelle conception de la légalité et de la liberté politique.

Mais le principe d'égalité devant la loi est encore solidement enraciné dans les représentations collectives. Il est une réalité vivante de nos sociétés et le règlement en bénéficie dans une certaine mesure.

La tradition française en particulier voit en lui un procédé

(12) Cf. *infra*, III^e partie, chapitre III.

de choix pour réaliser les objectifs de justice, de liberté et d'égalité. Elle lui attribue les vertus que la tradition anglo-américaine attache plutôt à la procédure de type judiciaire. Ce trait de psychologie collective explique la valorisation du pouvoir réglementaire en France et le développement d'un modèle d'organisation qui lui accorde une place exceptionnelle.

Section IV. — La place éminente de la règle impersonnelle dans le phénomène bureaucratique.

L'idéal de liberté sous la protection de la loi, qui a été celui de Tocqueville, est également devenu celui de tout un peuple. Il a pris alors une forme qui le rend méconnaissable aux yeux des libéraux du XIX^e siècle : l'organisation bureaucratique et centralisée que la France avait mise en place dès l'Ancien Régime et qui se développait spontanément n'a pu triompher et se maintenir à partir du Premier Empire qu'avec l'appui, au moins tacite, de la population. Son importance en fait un phénomène caractéristique de la société française et enraciné dans son système culturel.

1°) La bureaucratie n'est pas seulement le gouvernement par les bureaux, c'est-à-dire par des fonctionnaires publics, organisés hiérarchiquement. L'administration publique française en fournit un exemple achevé mais le modèle d'organisation bureaucratique s'est répandu dans la plupart des grandes organisations, même privées comme les grandes entreprises. Un autre sens qui vient de Max Weber est plus large : il évoque la rationalisation de toutes les activités collectives, il est alors une conséquence et un aspect de l'institutionnalisation du pouvoir.

Dans un sens comme dans l'autre, la bureaucratie implique l'usage abondant de règles impersonnelles : une certaine confusion peut s'établir et s'établit en fait, nous l'avons vu, entre le plan idéologique du règne de la loi et le plan technique de l'aménagement impersonnel des situations, fonctions, droits et obligations. Dans les deux cas, il s'agit d'une réponse au problème permanent du pouvoir.

A ce niveau, toutes les sociétés techniques et toutes les démocraties libérales sont bureaucratiques parce que rationnellement organisées. Mais les nuances sont nécessaires. Le modèle français est le seul à nous intéresser parce qu'il met l'accent sur le procédé réglementaire alors que le système soviétique se caractérise par l'autorité discrétionnaire et totalitaire du supérieur et le système américain par la prise de décision selon une procédure quasi-judiciaire.

L'orientation prise par la France s'explique au moins partiellement par les avantages d'une bureaucratie réglementaire et centralisée du point de vue du système de valeurs adopté

par la société française. Les inconvénients attachés au sens péjoratif du terme (lenteur, lourdeur, routine, complication, inadaptation...) et rassemblés par Michel Crozier sous l'idée générale d'incapacité à se réformer soi-même en fonction de ses erreurs sont tolérés en raison de ces avantages et des difficultés intrinsèques du changement.

2°) Les meilleurs esprits ont souligné depuis longtemps la passion dévorante des Français pour l'égalité. Beaucoup ont estimé que le penchant naturel des Français les inclinait à faire prédominer le souci d'égalité sur celui de liberté. Depuis Tocqueville qui y voit une caractéristique des sociétés démocratiques (c'est-à-dire des sociétés reposant sur l'égalité des conditions personnelles), bien des exemples historiques ont été invoqués en ce sens.

Il n'est donc pas très nouveau de montrer comment la passion pour l'égalité nourrit le phénomène bureaucratique : la règle impersonnelle exclut les discriminations personnelles qui ruineraient l'égalité reconnue entre les membres d'une même catégorie. Elle est donc vivement appréciée bien que ses effets soient ambivalents, qu'elle favorise les médiocres et pénalise les meilleurs.

Le règlement d'ancienneté qui fait l'objet d'une revendication sourde mais générale est l'exemple parfait de cette situation car il adopte la seule hiérarchie qui ne laisse place à aucun arbitraire humain et qui ne contredit pas le principe d'égalité, surtout combiné avec la règle du concours d'entrée ouvert à tous.

La pression égalitaire entretient l'édifice de réglementation : le besoin d'ordonner, de planifier, de réglementer résulte de la nécessité de maintenir la situation relative des individus et des groupes par rapport à leurs pairs et dans l'ensemble du système. Ainsi la grille d'indices des traitements publics permet de connaître cette situation relative en matière de revenus et de s'opposer à tout changement partiel. Maintien des situations acquises et remise en ordre générale sont deux conséquences du même phénomène.

3°) L'égalité devient par là une garantie d'indépendance et de sécurité. Cet aspect de la question a été souvent méconnu : la loi était libérale mais la bureaucratie oppressive dans l'opinion commune. M. Michel Crozier a le mérite d'y voir non une contradiction mais une complémentarité (13).

La règle générale et impersonnelle par sa stabilité et sa prévisibilité affaiblit le pouvoir du supérieur. Elle ruine ses possibilités d'arbitraire et même d'initiative personnelle. Les relations de dépendance personnelle perdent beaucoup de leur im-

(13) Michel CROZIER : *Le phénomène bureaucratique*, thèse lettres Paris 1964.

portance. Les chefs se bornent à émettre des règles et à en contrôler l'application ; ils perdent tout pouvoir personnel sur les subordonnés ou les administrés. En contrepartie ces derniers n'ont plus de moyen de pression sur eux, puisque leur comportement est entièrement déterminé par des règles supérieures.

Chacun voit donc son indépendance et sa sécurité garanties au maximum. La réglementation joue donc une fonction protectrice qu'avaient pressentie les classiques. Elle satisfait ainsi un besoin de liberté individuelle très répandu dans la population française. L'individualisme du petit bourgeois ou du paysan français n'est peut-être pas à la mesure des aspirations de Tocqueville qui le condamne sévèrement parce qu'il le juge négatif. Les sociologues contemporains acceptent volontiers ce jugement et mettent bien en valeur les liens qui se nouent entre cette psychologie collective et le système d'organisation sociale.

La volonté de maintenir les distances de prévenir l'arbitraire, d'éliminer les relations d'autorité créatrices de tension entre les individus, de sauvegarder un équilibre stable est très forte. La thèse de M. Crozier montre comment elle explique l'organisation et le fonctionnement d'une institution administrative. Le même raisonnement pourrait être repris pour analyser les relations entre l'administration elle-même et les administrés : le pouvoir de police fournit un exemple : réglementation préalable des résultats à atteindre, libre choix des moyens individuels pour y parvenir sont deux règles généralement suivies pour concilier les besoins d'une bonne police avec le respect de la liberté individuelle.

Les tendances à la bureaucratie et à la réglementation se sont épanouies en raison moins de leur rationalité intrinsèque que de leur valeur de protection dans une société profondément imbue d'une éthique individualiste. Selon M. Crozier « il n'est pas surprenant qu'une société comme la société française qui avait réussi à élaborer à l'époque préindustrielle et pendant les premières périodes de l'industrialisation, une des cultures les plus satisfaisantes du point de vue de l'individu, soit restée attachée plus longtemps que ses voisines au type d'équilibre bureaucratique et bourgeois qui lui avait permis d'y parvenir » (p. 388).

4°) La persistance de ce modèle d'organisation s'explique par l'attachement qu'il a suscité. Elle s'explique aussi par sa nature même qui en fait un système stable et s'entretenant de lui-même.

Si l'efficacité n'est pas la loi exclusive, les mauvais résultats obtenus sur ce plan ne constituent pas une raison suffisante pour le changement. Une certaine conformité, indispensable, des comportements est obtenue sans exiger de l'individu une par-

ticipation trop astreignante. Une importante déperdition d'énergie est tacitement acceptée en contrepartie.

La fonction de protection est obtenue grâce à l'impersonnalité des relations et à la centralisation des décisions. Les deux traits sont liés : le pouvoir de décision est situé à un niveau où il est à l'abri des pressions trop personnelles des intéressés et cette centralisation contribue à son tour à provoquer des décisions impersonnelles.

Les conséquences ne sont pas uniquement celles qui étaient attendus. Le prix que l'organisation doit payer est celui d'une plus grande rigidité : « Ceux qui décident ne connaissent pas directement les problèmes qu'ils ont à trancher ; ceux qui sont sur le terrain et connaissent ces problèmes n'ont pas les pouvoirs nécessaires pour effectuer les adaptations et pour expérimenter les innovations devenues indispensables » (p. 251). Une règle générale ne peut s'adapter harmonieusement à toutes les situations particulières. En bref, l'organisation ne parvient pas à s'adapter à l'environnement. A la limite, elle cherche davantage à sauvegarder son équilibre interne qu'à remplir correctement sa fonction. L'impersonnalité et la centralisation, ainsi que l'isolement de chaque catégorie hiérarchique et le développement de relations de pouvoir parallèles, sont toujours selon M. Crozier, les quatre traits fondamentaux du système bureaucratique. Ils engendrent inévitablement des difficultés, des mauvais résultats et des frustrations chez les intéressés.

Mais tout ceci tend « finalement à développer de nouvelles pressions qui renforcent le climat d'impersonnalité et de centralisation qui leur a donné naissance » (p. 255). Toute une série d'éléments poussent en ce sens :

... « Le seul moyen d'action dont disposent les dirigeants qui au sommet de la pyramide pourraient le faire (le changement), consiste à élaborer de nouvelles règles et à accroître encore la centralisation » (p. 255). Les individus et groupes intéressés ne cherchent pas à obtenir plus d'autonomie mais ils utilisent la rigidité qui les protège afin d'améliorer leur situation vis-à-vis des tiers. L'élimination des privilèges abusifs ainsi acquis ne peut se faire que par un progrès de l'impersonnalité et de la centralisation...

La prolifération des règles impersonnelles affaiblit les liens de dépendance et les tensions qui en résultent. Mais les frustrations qu'elle provoque renforce le besoin de surveillance et de contrôle. Les chefs ne se sentent pas assez solides pour y faire face et repoussent les décisions à un niveau hiérarchique suffisamment éloigné pour échapper au contact.

Cette analyse est évidemment poussée à la limite. En fait, le système reste normalement en état d'équilibre stable, en raison même de sa rigidité. Mais M. Crozier explique assez bien la vérité d'expérience qu'une solution n'est presque jamais cher-

chée dans le sens d'une autonomie accrue des échelons inférieurs et d'une concrétisation des décisions. Pour parvenir à débloquent le système, il faudrait surmonter « la répugnance générale pour les liens de dépendance qui constitue un trait culturel d'une importance décisive » (p. 256).

Ce « cercle vicieux » permet de définir le système d'organisation bureaucratique comme « un système d'organisation incapable de se corriger en fonction de ses erreurs et dont les dysfonctions sont devenues un élément essentiel de l'équilibre » (p. 257). Il pose alors le problème du changement. La transformation continue est devenue la loi de nos sociétés modernes. La résistance au changement ne peut-être totale et la rigidité bureaucratique ne peut se maintenir que dans certaines limites. Mais le changement ne peut venir graduellement ; on attendra pour l'opérer qu'une « dysfonction » soit devenue assez grave pour menacer la survie même de l'organisation : « La logique de notre analyse suggère que dans un système bureaucratique le changement doit s'opérer de haut en bas et doit être universel, c'est-à-dire affecter l'ensemble de l'organisation en bloc » (p. 258).

Le changement s'accompagne d'un maintien et parfois d'un progrès de l'impersonnalité et de la centralisation. Il se présente comme une crise souvent brutale qui rompt avec une longue période de stabilité. Le maintien des caractères essentiels du système provoque cette alternance indispensable de crise et de routine qui en retour assure la croissance de l'impersonnalité et de la centralisation.

5°) La thèse de M. Crozier a suscité des réactions très diverses. Tout en reconnaissant l'intelligence de son analyse, certains ont mis en doute sa valeur explicative. M. Raymond Aron, en particulier, s'est demandé si les données expérimentales étaient suffisamment larges et représentatives de la réalité sociale pour fonder scientifiquement la théorie avancée.

Il n'est pas nécessaire de prendre parti sur l'importance réelle des phénomènes décrits, en particulier sur l'importance que M. Crozier attribue aux traits bureaucratiques dans le système social et culturel français. Du point de vue qui nous intéresse, les développements de M. Crozier sont très éclairants sur les caractères essentiels de l'administration publique française.

Ils expliquent assez bien l'importance du pouvoir réglementaire en France alors qu'aucun autre pays comparable n'a poussé aussi loin l'institutionnalisation de cette fonction (14). Non seulement l'accent est mis sur le pouvoir réglementaire mais encore l'aménagement des compétences se caractérise par la centralisation de ce pouvoir entre les mains du gouvernement et la faiblesse

(14) Cf. par exemple Marcus LEFEBVRE *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit français et anglais*. Thèse Paris 1957, notamment la conclusion.

des autorités secondaires notamment de celles des collectivités locales. Ces deux traits juridiques du système administratif français ne peuvent, semble-t-il, s'expliquer sans référence à des données sociales et culturelles propres à la France.

6°) Mais si l'on en croit M. Crozier, le modèle français serait remis en cause par l'évolution générale de la société industrielle.

Les systèmes trop rigides sont condamnés en raison du progrès constant des techniques de prévision et d'organisation d'une part et d'autre part de la « sophistication » croissante des individus dans une culture de plus en plus complexe. Les organisations peuvent être moins exigeantes sans diminuer leur efficacité ; elles peuvent mieux répondre aux besoins des individus. En contrepartie, les progrès généraux de la rationalisation se poursuivent et le nombre des organisations s'accroît.

Ni optimisme, ni pessimisme par conséquent : un nouvel équilibre se reconstitue constamment entre la standardisation et la libéralisation. Il reste que « c'est seulement dans la mesure où elle s'assouplit et se libéralise... qu'une organisation peut réussir à passer certaines étapes décisives de sa croissance. C'est la persistance chez elle d'un système bureaucratique qui constitue le principal obstacle à ses progrès » (p. 373).

Cette conclusion qui s'appuie sur des études récentes semble être confirmée par les faits. Elle pourrait être considérée comme valable dans le cas de l'administration française.

La renaissance des groupes intermédiaires a été notée par de nombreux observateurs. Elle n'a pas encore beaucoup affecté l'administration proprement dite malgré un renouveau marqué des collectivités décentralisées, surtout des communes et des organismes corporatifs. Un mouvement déjà ample de déconcentration marque le début d'une tentative pour assouplir l'administration. A plus ou moins long terme, le changement d'esprit des dirigeants, la crise de recrutement des fonctionnaires et l'extension des tâches de gestion et de service des collectivités publiques imposeront un renouvellement.

Il est possible qu'alors le droit administratif évolue considérablement dans ses notions les plus stables et notamment que le pouvoir réglementaire perde quelque peu du lustre excessif qui l'entoure encore et apparaisse tel qu'il est, c'est-à-dire comme un procédé technique à replacer dans une gamme de moyens beaucoup plus étendue. En l'état actuel des choses, le pouvoir réglementaire reste l'une des prérogatives les plus éminentes de la puissance publique. Cette observation doit aider à définir le pouvoir sur le plan du droit positif.

CHAPITRE II

LE CHOIX D'UNE HYPOTHESE DE TRAVAIL

La constitution du 4 octobre 1958 est la première constitution française depuis la fin du Premier Empire qui utilise le terme de pouvoir réglementaire, notamment dans son article 37. Mais elle se borne à en définir le nouveau régime juridique : champ d'application (article 37), contrôle de validité ou plutôt protection contre les empiètements du législateur (articles 37, 41, 61). Elle ne contient absolument aucune définition de ce terme.

Il est manifeste que dans plusieurs cas, la Constitution renvoie à des solutions antérieures : le libellé de certains articles (l'article 21 reprend l'expression classique d'exécution des lois) et les lacunes graves de l'ensemble des dispositions laissent penser qu'il en va de même en matière de pouvoir réglementaire. Mais aucune constitution antérieure ne peut nous fournir de définition théorique, qu'elle soit ou non encore valable en 1958.

Tout le droit écrit montre la même indigence : aucune loi n'a jamais cherché à préciser explicitement la nature du pouvoir d'exécution des lois. Cette attitude n'est pas condamnable. Elle est même normale et souhaitable. Le constituant ou le législateur n'ont pas à définir les institutions qu'ils créent. Une définition théorique doit être dégagée du régime juridique et s'adapter à lui, au besoin à travers ses variations. Elle est normalement l'œuvre des utilisateurs du droit écrit, la jurisprudence sur le plan pratique, la doctrine sur le plan théorique. Les fondements d'une notion, sa nature juridique se situent hors des préoccupations de la règle de droit proprement dite.

Le silence du constituant et du législateur ne signifie donc pas qu'il n'existe pas en France une notion de pouvoir réglementaire. Deux méthodes s'offrent alors pour la dégager : la recherche de droit comparé et l'analyse des conceptions doctri-

nales. L'une et l'autre se révèlent décevantes : selon les cas, on nie la cohérence de la notion ou on la définit de façon incompatible avec le droit positif français.

Au terme de ce rapide tour d'horizon, toute conception rigide et a priori paraît impossible. La jurisprudence elle-même n'offrant pas de ressources beaucoup plus étendues, la solution la plus sage semble être de tirer des données immédiates du droit positif une définition neutre et extensive du pouvoir réglementaire. Cette hypothèse de travail permet d'englober le maximum de phénomènes dans le cadre de l'étude. Au terme de cette dernière, le problème de définition et de qualification se reposera.

Section I. — Le pouvoir réglementaire en droit comparé (1).

L'étude des réponses apportées par les droits étrangers au problème du pouvoir réglementaire ne nous retiendra pas longtemps pour deux raisons au moins.

D'une part, seuls les droits d'une inspiration philosophique semblable à celle du droit français peuvent présenter un intérêt au regard de ce dernier : le pouvoir réglementaire se définit empiriquement comme le pouvoir de prendre des règles de droit appartenant à une autorité administrative. Il suppose donc un régime politique où les pouvoirs législatif et gouvernemental soient séparés ou, au moins, distincts. La différence entre loi et règlement ne peut apparaître dans un régime de confusion des pouvoirs, qu'il soit autocratique (monarchie absolue) ou démocratique (État socialiste comme l'U.R.S.S.). Elle ne prend tout son sens que dans un régime démocratique qui reconnaît la distinction des gouvernants et des gouvernés et la participation de ces derniers à l'exercice du pouvoir.

Autrement dit, le problème du pouvoir réglementaire n'existe vraiment que dans les régimes constitutionnels pluralistes (selon le terme de M. Raymond Aron), c'est-à-dire dans les démocraties libérales d'Occident. Si l'on écarte les pays qui se sont inspirés du modèle français, il reste deux systèmes juridiques originaux : celui de la Grande-Bretagne et des États-Unis et le système juridique allemand.

La deuxième raison du peu d'intérêt présenté par le droit comparé résulte de l'examen même des trois systèmes qui viennent d'être cités : les deux premiers n'ont pas de véritable théorie du pouvoir réglementaire, le troisième en a bien une mais elle est profondément différente des solutions françaises correspondantes. Dans les trois cas, le pouvoir pour l'administration d'édicter des règles de droit est considéré comme une

(1) DAVID : *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz 1963.

compétence exceptionnelle et non comme une prérogative naturelle et générale, à l'instar du droit français.

§ 1. — Le pouvoir réglementaire en Grande-Bretagne et aux États-Unis.

Les systèmes juridiques de ces deux pays présentent beaucoup d'analogies dans tous les domaines. Les bases de leur droit public sont communes. Forgées pour l'essentiel au XVII^e et au XVIII^e siècle, elles ignorent l'existence du pouvoir réglementaire en tant que tel, et n'y voient que des hypothèses de législation déléguée. Au surplus, le refus commun de la systématisation théorique affaiblit la portée de ces exemples.

1°) L'édiction de règles de droit, générales et impersonnelles, est en principe le monopole du pouvoir législatif. Une même solution s'applique dans les deux pays, bien qu'elle se justifie de façon assez différente.

En Grande-Bretagne, le monopole législatif découle du principe, proclamée définitivement en 1688, que le parlement seul est souverain. Seul un acte du parlement peut fonder et rendre obligatoire une règle de droit applicable aux citoyens britanniques.

Le principe de séparation des pouvoirs, qui n'a joué qu'un rôle restreint dans le système politique britannique est au contraire au cœur de la constitution américaine de 1787.

Le gouvernement fédéral est divisé en trois branches qui font chacune l'objet d'un article de la constitution. Le pouvoir législatif appartient au congrès des États-Unis tandis qu'un président dirige l'administration, c'est-à-dire la branche exécutive du gouvernement. Le congrès (et les législatures des États) fait seul des lois générales.

Ni dans un pays ni dans l'autre, le pouvoir réglementaire, qui est un pouvoir législatif au point de vue matériel, ne peut exister en principe. Cette conclusion emporte deux conséquences complémentaires.

2°) Ni la Grande-Bretagne, ni les États-Unis ne connaissent de pouvoir réglementaire général, à côté du pouvoir législatif.

Juridiquement, la Couronne britannique possède de grands pouvoirs, rassemblés sous le titre générique de « prérogative royale ». L'exercice de la prérogative est discrétionnaire mais son étendue est purement résiduelle. En raison de sa souveraineté, le Parlement peut la limiter librement. Sauf peut-être en cas d'urgence (le problème est controversé mais généralement résolu par la négative), la prérogative royale ne comporte pas l'édiction de règles de nature législative, car elle empièterait sur la compétence naturelle du Parlement.

Aux États-Unis, la constitution est muette mais semble par

son esprit répudier tout pouvoir réglementaire général, assimilé à un pouvoir législatif. Elle ne confère au président que des pouvoirs réglementaires spéciaux et limités aux matières coloniales et militaires.

3°) L'exécution des lois ne comporte pas en principe le pouvoir réglementaire. L'administration est chargée de l'exécution des lois mais elle remplit cette tâche en accomplissant des actes matériels et en prenant des mesures juridiques particulières. Une conception analogue se retrouve dans les constitutions françaises de la même époque.

Le pouvoir exécutif existe mais il signifie action politique beaucoup plus qu'action administrative. Le président ou les ministres donnent l'impulsion à la machine administrative. Ils ont le pouvoir hiérarchique, le pouvoir instructionnel mais ils n'ont pas de compétence directe à l'égard des administrés sous forme réglementaire.

4°) Le pouvoir réglementaire n'existe qu'en vertu de délégations législatives. Exceptionnelles autrefois, elles sont devenues très nombreuses à l'époque contemporaine sous la pression de nécessités politiques, économiques et techniques qui se sont fait sentir partout.

Le Parlement britannique étant souverain, on admet sans peine qu'il peut déléguer son pouvoir législatif. Aucun obstacle théorique ne s'oppose à ce que la Couronne ou les ministres reçoivent de telles délégations. Le régime parlementaire c'est-à-dire la responsabilité politique du cabinet et la confiance de la chambre des communes ont favorisé ce processus. Mais il ne s'agit que de « législation déléguée » : chaque compétence de l'exécutif est spéciale à la loi qui l'établit et qui en définit les modalités, l'étendue, le contrôle... La technique britannique est en réalité très proche de celle des décrets-lois français.

Le problème est plus complexe aux Etats-Unis car le Congrès est une autorité constituée qui n'a pas le droit de disposer de la compétence qui lui est attribuée par la Constitution. La nécessité des habilitations s'est fait sentir dès Washington et la pratique en a reconnu la constitutionnalité. Mais un contrôle effectif s'exerce sur la loi : il y a habilitation régulière et non délégation inconstitutionnelle si la loi précise suffisamment l'étendue de la compétence conférée à une autorité administrative. Les exigences de la Cour suprême se sont considérablement assouplies et il n'y a pas de cas depuis le New-Deal de délégation déclarée excessive parce qu'inconditionnée. La compétence déléguée ne reste exécutive que dans la mesure où elle n'est pas totalement discrétionnaire. Une habilitation spéciale et expresse reste malgré tout toujours nécessaire pour fonder un pouvoir réglementaire d'exécution des lois.

5°) Il n'est donc pas possible de faire une théorie générale du pouvoir réglementaire. Ce dernier existe en fait parce qu'il

correspond à une nécessité des régimes politiques contemporains. Il est même extrêmement étendu, surtout en Grande-Bretagne où le « two-party system » et la « dictature du cabinet » ont favorisé le dessaisissement du Parlement. Toute mesure législative importante s'accompagne de nombreux règlements d'application et les autorités administratives de toute nature ont reçu de larges pouvoirs de décision à portée réglementaire.

Il en résulte un foisonnement empirique de compétences et d'institutions. Aux Etats-Unis, la censure de la Cour suprême, la concentration du pouvoir exécutif autour du président, la technique devenue classique des « commissions indépendantes à pouvoir réglementaire » maintiennent un minimum d'ordre (2).

En Grande-Bretagne, la souveraineté du Parlement, la collégialité du cabinet et le penchant naturel pour l'empirisme ont engendré une situation qui confinait à l'anarchie. Un effort de remise en ordre a été nécessaire dans l'après-guerre pour simplifier un peu des solutions dispersées sans pour autant les ramener à l'unité (3).

Ni l'un ni l'autre de ces régimes politiques n'a franchi le pas décisif qui ferait du pouvoir réglementaire une compétence générale du pouvoir exécutif. Leur tradition constitutionnelle s'y oppose fermement.

Ils ne peuvent dès lors servir à éclairer la théorie française qui admet depuis un siècle et demi que l'exécution des lois comporte l'exercice du pouvoir réglementaire. L'absence de véritable doctrine anglaise ou américaine, qui est symbolisée par le refus de reconnaître l'existence du droit administratif réduit encore l'intérêt de ces solutions à la fois trop empiriques et trop étrangères au droit français.

§ 2. — Le pouvoir réglementaire dans le système juridique allemand.

La théorie allemande du droit administratif est très élaborée, elle a beaucoup inspiré les auteurs français du début du XX^e siècle comme Carré de Malberg ou Duguit. Mais notamment sur le problème du pouvoir réglementaire, elle a pris des positions inacceptables en droit français. Une certaine conception de

(2) Sur le régime politique américain : cf. A. et S. TUNC : *Le Système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*. 3 tomes. OGG et RAY : *Le gouvernement des Etats-Unis*.

J. LAFERRIERE : *Le pouvoir réglementaire du Président des Etats-Unis d'Amérique*, in *Mélanges Carré de Malberg* 1933.

(3) Sur le régime politique britannique. A. MATHIOT. *Le régime politique britannique* (1955).

Sur la législation déléguée : cf. BURDEAU : *Traité de Science Politique* III-86 et VII-163 et la bibliographie.

l'ordre juridique et de la séparation des fonctions font de l'édiction d'un règlement une prérogative exceptionnelle (4).

1°) « L'ordre juridique a pour mission de délimiter les droits et les obligations des différents sujets de droit les uns vis-à-vis des autres. Il appartient ainsi au droit administratif de régler les relations juridiques qui naissent entre l'Etat administrateur (ou une autre personne publique chargée de la gestion d'une administration publique) et ses sujets (individus et groupes) ». (Fleiner p. 35).

Cette définition de l'ordre juridique est très restrictive car elle exclut tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement internes des personnes publiques. Tous ces problèmes relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'administration, qui est de ce fait, extrêmement large.

« Toutes les prescriptions générales qui lient les autorités administratives ne sont pas des règles de droit. La nécessité apparaît très fréquemment dans l'exécution des lois de régler de façon uniforme l'activité des diverses autorités administratives dans le cadre du pouvoir discrétionnaire ». (Fleiner p. 45).

Il en découle une distinction capitale entre les règlements d'administration et les règlements de droit proprement dits. Les premiers fixent les règles techniques, politiques et économiques d'exécution de la loi comme la procédure, la répartition des affaires entre les services... Les seconds délimitent les sphères de volontés, les droits et obligations des sujets de droit. Les premiers ne sont que des instructions de service ; leur force obligatoire se limite aux agents publics et découle du pouvoir hiérarchique ; leur violation provoque une répression disciplinaire mais n'ouvre aucune voie de droit. Les seconds contiennent des règles de droit et s'insèrent dans la hiérarchie des normes ; leur régime juridique et contentieux est assez proche de celui des lois.

2°) Cette analyse des deux catégories de règlements conditionne la compétence des autorités administratives à leur égard en vertu du principe de séparation des fonctions.

L'édiction de règlements d'administration appartient de plein droit aux agents qui ont la qualité d'autorités administratives. Elle fait partie du pouvoir discrétionnaire fonctionnel des chefs d'administration, dont le droit allemand donne d'ailleurs une définition restrictive (ministres, directeurs d'offices...). Elle s'exerce constitutionnellement pour l'application des lois.

Si l'administration est le domaine propre du prince, l'autorité publique ne peut porter atteinte aux droits des citoyens qu'en vertu de la loi. L'édiction des règles de droit proprement dite

(4) Cf. FLEINER : *Les principes généraux du droit administratif allemand*. Traduction Eisenmann 1933.

FROMONT : « *Le contrôle juridictionnel des actes administratifs en Allemagne* », A.J.D.A. 1964-604.

appartient en principe au seul pouvoir législatif, fédéral ou local. Le règlement de droit suppose une autorisation législative. Le pouvoir réglementaire au sens français ne peut pas exister car il est contraire au principe de la séparation des fonctions législative et exécutive.

Le § 80 de la loi fondamentale de 1949 érige ce principe en règle constitutionnelle. Un règlement de droit ne peut être pris qu'en vertu d'une loi qui précise le contenu, le but, l'étendue de l'autorisation ainsi que l'autorité bénéficiaire. L'autorisation ne peut être accordée qu'à certaines autorités et ne permet que de compléter les dispositions législatives. Le tribunal constitutionnel fédéral est compétent pour déclarer nulle une loi contraire aux règles constitutionnelles.

Le règlement est ainsi un simple auxiliaire de la loi. L'exception qu'il apporte à la séparation des fonctions matérielles est limitée. En contrepartie, le bloc légal des lois et règlements est solidement soudé. Les uns et les autres sont soumis à un contrôle incident de validité, le recours direct en annulation est exceptionnel car un contrôle abstrait des normes sort du cadre normal du contentieux administratif. Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité réglementaire est comparable à la liberté du législateur, sous réserve du respect de l'autorisation spéciale et de la hiérarchie générale des normes. Le juge ne contrôle pas ses motifs, ni ses mobiles.

La limitation de compétence en matière réglementaire est sans doute excessive. Les principes constitutionnels ont été assouplis en pratique et le juge a admis des délégations relativement imprécises et des subdélégations non explicitement prévues. Quelques dérogations sont prévues par la Constitution (article 119). Mais le principe reste que le pouvoir réglementaire n'existe que pour l'application de la loi en vertu d'une concession spéciale du législateur (5).

3°) Les solutions allemandes ne peuvent guère être transposées en droit français dont elles heurtent plusieurs principes solidement établis. Au surplus, il est difficile de les considérer comme un progrès technique ou politique.

La notion de règlement d'administration suppose que ni le fonctionnaire ni l'usager du service ne sont considérés comme des sujets de droit. L'un et l'autre deviennent des membres de l'appareil administratif. (cf. Fleiner pp. 43-48). Cette solution est énergiquement repoussée par le droit français. L'usager notamment est soumis au règlement du service mais il peut en contester la validité et faire valoir ses droits (6).

(5) Les constitutions de plusieurs Länder étendent les pouvoirs du gouvernement local. La Bavière notamment reconnaît à son gouvernement un pouvoir réglementaire autonome d'exécution des lois analogue au modèle français.

(6) Cf. *infra* II^e partie, titre III. Les pouvoirs propres du chef de service.

La distinction même des dispositions administratives et des dispositions de droit est récusée dans son principe, en vertu d'une conception plus large de l'ordre juridique.

Les règlements de droit sont essentiellement présentés comme des lois matérielles et ne sont qu'accessoirement des actes administratifs. Le droit français pénétré de considérations organiques et formelles adopte la solution inverse. Même la constitution de 1958 qui fait appel à des éléments matériels ne parvient pas à altérer cette tradition solidement enracinée.

Le pouvoir réglementaire est en Allemagne un pouvoir législatif conféré exceptionnellement à l'administration. Cette solution ne correspond pas à l'esprit du temps qui favorise le développement de l'activité réglementaire, alors que la solution française a certainement facilité l'adaptation aux besoins réels. Elle entraîne naturellement une limitation du contrôle juridictionnel alors que le juge administratif joue en France un rôle de premier plan dont les avantages techniques et politiques ne sont plus à discuter.

Aucun des grands pays occidentaux n'a donc reconnu que le pouvoir réglementaire est une prérogative indispensable de l'administration. Malgré la leçon des faits, leurs systèmes constitutionnels s'obstinent à y voir un phénomène exceptionnel. Ils provoquent ainsi un grave décalage entre le fait et le droit, la pratique politique et les principes constitutionnels. Une telle situation a quelque chose de peu satisfaisant. La solution française d'une prérogative générale à contenu variable répond mieux aux besoins de notre époque et traduit mieux la réalité des faits. En tout état de cause, elle est trop intégrée au droit administratif français pour pouvoir être remise en question. L'apport des droits étrangers ne peut donc être qu'extrêmement limité. Il ne peut en tout cas aider à définir la notion de pouvoir réglementaire. De fait, les auteurs français ne l'ont guère utilisé pour édifier leurs constructions doctrinales.

Section II. — Les discussions doctrinales sur la nature juridique du pouvoir réglementaire.

Les constitutions françaises de l'époque révolutionnaire ont fait preuve d'un souci réel de dégager les principes fondamentaux d'un régime politique et de les mettre en œuvre. Mais leur inspiration doctrinale les conduit à refuser l'existence du pouvoir réglementaire : la loi, expression de la volonté générale, a pour fonction l'élaboration du droit objectif et elle en est seule chargée. Le principe de la séparation des pouvoirs limite l'exécutif et le judiciaire à l'émission d'actes de portée particulière.

La nécessité politique et technique du pouvoir réglementaire

conduit bientôt à sa consécration constitutionnelle (7). L'apparition de cette seconde source du droit objectif ne prend son sens qu'avec l'avènement du régime parlementaire. Mais la collaboration souple des pouvoirs ne se prête guère à la définition de solutions fondées sur des principes rigoureux. Les textes officiels du XIX^e siècle ne précisent guère le sens de la formule « exécution des lois » qui devient progressivement la base du pouvoir réglementaire.

La doctrine elle-même n'analyse pas rigoureusement les institutions à la fois immuables et changeantes qu'elle décrit et ne dégage aucune théorie juridique dont la portée puisse être générale. Quant à la jurisprudence, les règles de compétence qu'elle a adoptées par prudence, la tiennent relativement éloignée de ces problèmes durant tout le XIX^e siècle.

Ce n'est que vers la fin du XIX^e siècle qu'apparaissent les premières grandes systématisations du droit public. En peu de temps, cette doctrine classique dégage les principes sur lesquels repose la conception libérale de l'Etat de droit.

Les recherches sur la nature juridique du pouvoir réglementaire datent de cette époque. Partant de conceptions philosophiques et politiques profondément différentes, les principaux auteurs édifient des synthèses cohérentes dont le but premier n'est pas de rendre compte de la pratique juridique. Trois œuvres marquent particulièrement l'orientation ultérieure du droit public : celles de Duguit, de Carré de Malberg et d'Hauriou. Les discussions courtoises mais acharnées qu'entretiennent ces professeurs, au fil des éditions, aident à mesurer la profondeur des divergences qui se retrouvent encore en partie dans la doctrine contemporaine.

§ 1. — Le pouvoir réglementaire selon Duguit (8).

De 1901, date de publication du livre « l'Etat, le droit objectif et loi positive » à 1921, date de la dernière édition de son traité, Duguit n'a cessé de défendre les mêmes idées générales sur l'ordre social et juridique à l'encontre des conceptions les plus communément admises.

La théorie du droit part de l'existence objective de la norme sociale qui « existe par cela seul qu'il y a des sociétés humaines se composant d'êtres conscients » (p. 16) et qui « devient norme juridique lorsque a pénétré dans la conscience de la masse des individus, composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même ou que ceux qui y détiennent la plus grande

(7) Cf. *infra*, II^e partie, titre I. Nous avons vu par contre que les droits étrangers étaient restés fidèles à la conception initiale de la loi.

(8) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2^e édition 1921, tome II, § 20.

force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle » (p. 36).

Cette conception qui dénie à l'Etat la possibilité de créer des règles de droit, tout au moins normatives, et qui au contraire l'y soumet, établit fortement la primauté du droit objectif sur les situations juridiques individuelles qui en découlent. C'est donc pour des raisons très profondes que Duguit accorda une place centrale au critère matériel.

En particulier, selon lui « c'est uniquement d'après les modifications qui à la suite de l'acte se produisent dans l'ordonnement juridique, soit dans le domaine du droit objectif, soit dans des situations juridiques subjectives, que doivent être distinguées les différentes catégories de fonctions juridiques de l'Etat » (p. 135).

La fonction législative se définit par l'émission d'actes-règles, c'est-à-dire de dispositions normatives ou constructives modifiant le droit objectif. « Après le règlement, comme après la loi, il y a une règle nouvelle, c'est-à-dire une nouvelle disposition par voie générale. C'est une modification au droit objectif, rien qu'au droit objectif, qui s'est produite... » (p. 185). Par conséquent — et c'est le titre même du paragraphe — « les règlements sont des lois matérielles » (p. 182).

L'utilisation du critère matériel a donc cet effet capital de faire du pouvoir réglementaire une activité de nature législative. Duguit fait ensuite une vive critique des « auteurs qui ont essayé de déterminer une différence entre le règlement et la loi au sens matériel » (p. 190), notamment d'Hauriou et de la doctrine allemande. Il démontre sans cesse que « rechercher ce qui est matière de loi et ce qui est matière de règlement, c'est tout simplement rechercher sur quelle matière le parlement est seul compétent pour édicter une disposition par voie générale et sur quelle matière une autorité autre que le parlement, le gouvernement par exemple, est compétente pour édicter une disposition de cette nature. Or en faisant une pareille détermination, on se place exclusivement au point de vue formel et non plus au point de vue matériel puisqu'on envisage seulement les organes qui interviennent et qui sont ou non compétents pour intervenir ». Toutes les différences formelles ne peuvent rien contre l'identité de nature matérielle.

Ce parti-pris aboutit à des conséquences remarquables. Il signifie tout d'abord que la constitution crée un pouvoir exécutif mais non une fonction exécutive puisqu'il y a édicition d'actes législatifs aussi bien que d'actes administratifs.

Il y a une conséquence bien plus radicale. « En effet, si le règlement est une loi matérielle, dans un pays qui pratique la séparation des pouvoirs le pouvoir réglementaire ne peut pas exister en principe ; ou du moins il ne peut exister que dans

les cas où la constitution le permet formellement et au profit des organes auxquels elle le confère expressément » (p. 188).

Non seulement le pouvoir réglementaire n'a pas de nature propre mais encore il n'existe que comme une exception non significative sur le plan des principes, même si en pratique il a une importance que Duguit ne méconnaît nullement : le pouvoir réglementaire n'est pas une délégation du pouvoir législatif (ce serait une fiction métaphysique inadmissible) mais un exercice du pouvoir législatif conféré exceptionnellement à des autorités administratives par la constitution. Il est intéressant de l'étudier en droit positif (9) mais il ne tient aucune place dans la théorie générale du droit : il n'est en effet que le résultat d'une sorte d'anomalie, le décalage entre critère matériel et critère formel.

Duguit et toute l'école de Bordeaux ont renouvelé le droit public grâce à la valeur technique de leur œuvre. La technique juridique a été profondément influencée par leurs analyses. Il n'est actuellement pas possible d'ignorer que la loi et le règlement sont identiques du point de vue matériel et que cette identité entraîne d'importantes conséquences juridiques.

Mais en dehors d'un postulat extra-juridique, on ne peut privilégier un critère par rapport à un autre. Le droit positif français accorde traditionnellement beaucoup d'importance au critère organique et formel. Les conceptions de Duguit ne permettent pas de rendre compte de cette orientation.

Or c'est précisément la combinaison des deux séries de critères qui constitue l'originalité du pouvoir réglementaire et ce dernier joue un rôle trop important dans l'aménagement des institutions politiques et administratives pour être considéré comme exceptionnel.

Sans doute le pouvoir réglementaire n'existe qu'en vertu de la constitution mais il en va de même pour tous les pouvoirs institués et notamment le pouvoir législatif. Son champ d'application n'a cessé de s'élargir depuis un siècle et l'article 37 de la Constitution en fait même le pouvoir normatif de droit commun. Ce mouvement est directement contraire à l'analyse de Duguit.

Sans doute « il y a toujours grand intérêt à avoir des idées théoriquement exactes » (p. 188) indépendamment de leur intérêt pratique. Mais une théorie qui nie l'existence d'une réalité institutionnelle ne peut être que d'un faible secours pour expliquer le droit positif.

La critique pourrait se prolonger sur un autre plan : les postulats sociologiques sont peut-être discutables puisqu'ils aboutissent à une théorie juridique battue en brèche. S'aventurer sur ce terrain n'est pas absolument nécessaire, et un

(9) Cf. *infra* les positions de Duguit sur ce point, II^e partie, titre I, chapitre II.

auteur comme Carré de Malberg s'est plus simplement borné à édifier une théorie du pouvoir réglementaire en France qui se situe sur le seul terrain de la science du droit.

§ 2. — « *La vraie notion du règlement administratif selon le droit positif français* »
d'après Carré de Malberg (10).

En réaction contre les discussions doctrinales de l'époque, Carré de Malberg pose en principe qu'il « ne s'agit pas pour le juriste de construire la théorie rationnelle mais bien de dégager la théorie juridique, c'est-à-dire constitutionnelle du règlement » (n° 190). Cette volonté de faire preuve d'un strict positivisme juridique influence toute une partie de la doctrine française et la condamne à entretenir un dialogue de sourds avec ceux qui comme Duguit adoptent une perspective plus large.

Carré de Malberg estime que le droit positif ne consacre pas la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel que Duguit juge fondamentale. Mais il consacre de nombreuses pages à démontrer l'inégalité de puissance entre parlement et gouvernement. Duguit déclare que cette démonstration est inutile car, tout en en reconnaissant l'exactitude, il ne se rend pas compte qu'elle constitue l'élément essentiel d'explication du régime de la III^e République.

Carré de Malberg souligne avec force que les principes constitutionnels de ce régime conduisent à la souveraineté du parlement, la loi étant, comme la constitution, l'expression de la volonté générale. Le gouvernement au contraire n'a aucun caractère représentatif de la nation et ses actes ne peuvent être que subordonnés à la loi. A côté de la loi, acte de puissance initiale et inconditionnée, il n'y a de place que pour des actes administratifs à caractère secondaire et dérivé.

Hiérarchie des organes et hiérarchie des actes sont parallèles. Le seul critère retenu est celui du degré de puissance respective, les autres critères ne peuvent avoir qu'une valeur limitée au plan de la pure technique juridique.

Dans ces conditions « d'après le droit positif français, le règlement ne procède pas d'un pouvoir spécial de l'autorité administrative ; mais il est une conséquence du pouvoir administratif en général » (n° 191). Ce dernier se définit par l'exécution des lois « formule unique, comprenant indistinctement les actes réglementaires et les autres actes administratifs du chef de l'Exécutif » (n° 191).

Il n'existe donc pas un pouvoir réglementaire mais une fonc-

tion constitutionnelle d'exécution des lois qui s'exerce par divers procédés dont le procédé réglementaire. Il n'est pas une exception au principe de séparation des pouvoirs comme chez Duguit mais un élément important de la fonction exécutive. Les différences de nature et de régime qui existent entre le règlement et les autres actes juridiques apparaissent comme secondaires devant l'unité de fonction et les conséquences qu'elle entraîne.

Le critère matériel ne joue plus qu'au sein des actes administratifs comme procédé technique de classification. L'originalité du pouvoir réglementaire est donc assez limitée.

La notion d'exécution des lois entraîne « la nécessité pour tous les règlements, à quelque catégorie qu'ils appartiennent, d'avoir un fondement légal » : « Il n'y a pas de place en droit public français par une puissance régulatrice du président ou des ministres qui serait capable de s'exercer *proprio motu* en vertu d'une vocation inhérente à la seule fonction administrative et qui se caractériserait ainsi comme une puissance parallèle à celle du législateur » (11). Entre la constitution et le règlement, la loi doit toujours servir d'intermédiaire.

Quel que soit le contenu précis de cette notion qui sera examinée plus loin (12), elle confère au pouvoir réglementaire, comme au pouvoir administratif en général, un caractère secondaire et dérivé qui l'oppose radicalement au pouvoir législatif. « En un mot, si le règlement ne peut rien faire sans une habilitation législative, il peut tout faire moyennant cette habilitation » (n° 196). Le pouvoir réglementaire ne se définit que par sa subordination au pouvoir législatif du parlement.

En édifiant cette théorie, Carré de Malberg s'est efforcé de systématiser la pratique constitutionnelle. Ce faisant, il a admirablement dégagé l'esprit du régime parlementaire de la III^e République, la logique interne de ce système politique.

Il a même pu indiquer comment il évoluerait, en particulier par l'élargissement constant du domaine du pouvoir réglementaire. Mais précisément, il ne rend plus compte du terme de cette évolution : l'interprétation de Carré de Malberg se réfère à une réalité qui commençait à se dégrader (la théorie générale est contemporaine de l'arrêt Labonne qui consacra l'existence d'un pouvoir autonome de police) et qui a disparu à l'heure actuelle.

La consécration par la constitution d'un pouvoir réglementaire autonome suffit à ruiner la définition par l'exécution des lois. Sans doute l'article 21 maintient l'existence désormais traditionnelle du pouvoir d'exécution des lois et, dans ce domaine, la théorie de Carré de Malberg peut avoir encore son utilité mais elle n'a plus de portée générale.

(11) CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, n° 88.

(12) Cf. *infra*, II^e partie, titre I, chapitre sur l'Exécution des lois.

(10) CARRE DE MALBERG, *Théorie Générale de l'Etat* 1920, tome I, pp. 571-637, n° 190-208.

Elle a systématisé un moment de la vie des institutions françaises. Elle est maintenant dépassée et laisse le champ libre pour édifier une nouvelle théorie générale de l'Etat qui reprendrait la même méthode pour comprendre une situation nouvelle. Mais il est permis de se demander si entre une théorie volontairement abstraite et une autre trop dépendante des contingences historiques, il n'y a pas place pour une conception à la fois réaliste et générale.

§ 3. — *Le pouvoir réglementaire selon Hauriou* (13).

La pensée d'Hauriou ne s'est jamais figée. De note d'arrêt en note d'arrêt, d'édition en édition du précis de droit administratif, elle évolue, progresse ou recule sans jamais devenir dogmatique.

Les polémiques du maître de Toulouse avec le doyen de Bordeaux ont largement contribué à ce résultat. Ainsi la 10^e édition du précis définit la loi comme « une règle générale écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir les représentants de la nation qui déclarent obligatoires des rapports sociaux découlant de la nature des choses en les interprétant du point de vue de la liberté ». Le règlement pour sa part est « une manifestation de volonté sous forme de règle générale émise par une autorité ayant le pouvoir réglementaire qui tend à l'organisation et à la police de l'Etat dans un esprit à la fois constructif et autoritaire ».

Duguit établit que la plupart des éléments de ces définitions sont sans valeur, notamment qu'Hauriou ne parvient pas à justifier « la prétendue différence résultant de ce que la loi est orientée vers la liberté et le règlement vers l'autorité ». Il en conclut qu'au reste Hauriou emploie des « termes savants » pour établir une simple différence d'organes (14).

Dans la 12^e édition du précis, le règlement est devenu beaucoup plus simplement « une manifestation de volonté administrative sous forme de règle générale écrite émise par une autorité ayant le pouvoir réglementaire », (p. 555) et la loi « une règle générale écrite exprimant la volonté de la nation, rendue obligatoire par une opération législative ».

Mais l'orientation générale de la pensée est restée la même. Alors que Duguit, cet « anarchiste de la chaire » selon la formule connue, dénonçait avec vigueur le mythe de la souveraineté et entendait reconstituer le droit public autour de la notion de service public, Maurice Hauriou était impressionné par la permanence du phénomène d'autorité et dégageait la notion de puissance publique.

(13) Maurice HAURIU, *Précis de Droit Administratif*, 12^e éd., pp. 555 et sq.

(14) DUGUIT, *op. cit.*, p. 191 et sq.

Cette conviction s'exprime de façon remarquablement claire dans la note sous l'arrêt Heyriès (15) : « Le début de ce considérant est remarquable en ce qu'il rompt avec la fâcheuse habitude de définir le pouvoir exécutif uniquement par la mission d'assurer l'exécution des lois ; cette mission est, en réalité, double : 1° assurer la marche de l'administration (et aussi du gouvernement) ; 2° assurer l'exécution des lois. Cette vérité que nous ne cessons de répéter depuis trente ans, se fait donc enfin jour ! Il y a fallu la guerre ; mais à cette lumière-là, il y a des vérités qui deviennent criantes. Eh ! oui. D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi, — ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales ».

Hauriou est l'un des auteurs classiques qui a le mieux senti que l'Etat ne se ramenait pas à une simple hiérarchie de normes, à un pur ordre juridique. Il y a vu d'abord une institution, c'est-à-dire un groupe social qui s'organise autour d'un pouvoir. Renard développera un peu plus tard ce thème : « L'autorité est intrinsèque à l'institution. Je ne dis pas qu'elle en est l'attribut, la dotation, l'apanage... ; elle est sa condition d'existence, elle est sa manière d'être, elle est son « comportement »... (16).

La théorie du pouvoir réglementaire est entièrement renouvelée par celle de l'institution. Selon Hauriou, il tire son origine formelle de la constitution et de l'organisation administrative : « Mais la législation ne fait que reconnaître ici la nature des choses car le pouvoir réglementaire est inhérent à tout pouvoir de commandement » et ce pouvoir de commandement apparaît spontanément dans tout groupe en voie d'institutionnalisation.

Hauriou prend ainsi le contrepied des deux théories précédentes : « Le pouvoir réglementaire n'est pas d'ailleurs seulement le pouvoir d'édicter une règle générale, c'est aussi celui d'édicter un ordre particulier, une injonction, une intervention, etc... En un mot c'est l'imperium ; mais l'émission de règlements étant son emploi le plus important lui a valu son nom ». L'élément essentiel est donc l'imperium, le droit de l'autorité d'imposer unilatéralement sa volonté, le critère matériel n'est qu'un procédé technique de classification et le pouvoir réglementaire se dissout dans le pouvoir de commandement.

« Il faut considérer comme fausse la théorie d'après laquelle le pouvoir réglementaire serait une délégation du pouvoir législatif ; elle est fausse parce que le pouvoir réglementaire est spontané et historiquement antérieur au pouvoir législatif... ».

(15) C.E., 28 juin 1918, Heyriès, Sirey 1922.III.49, note HAURIU.

(16) RENARD, *Théorie de l'institution*, p. 314.

L'argument va plus loin que la critique de la théorie de la délégation. Elle remet en cause toutes les conceptions sur la subordination du règlement à la loi, telles qu'elles s'expriment chez Carré de Malberg. Le pouvoir réglementaire ne dérive pas de la loi, il existe spontanément et indépendamment d'elle.

Les conséquences de la théorie de l'institution vont d'ailleurs encore plus loin. « Il n'y a pas d'unité du pouvoir réglementaire ». Car « il ne procède point nécessairement tout entier de l'Etat ». Toute institution parvenue à un certain degré de développement exerce un certain pouvoir de décision notamment sous la forme réglementaire.

Pour Hauriou, le pouvoir réglementaire n'est donc dans son essence qu'un aspect techniquement important, du pouvoir de commandement de l'administration, considérée comme une forme achevée d'institution. Son caractère spontané et inhérent à l'organisation sociale entraîne une conséquence remarquable. Le pouvoir réglementaire ne peut faire l'objet que d'une limitation extérieure. Il n'a pas besoin d'une habilitation législative ou constitutionnelle pour exister là où il est nécessaire. La loi et la constitution sont la manifestation d'une volonté plus puissante, celle de la nation, devant laquelle doit s'incliner la volonté de l'administration mais le règlement ne tire pas d'elles son existence, il est seulement « refoulé » par elles et limité de l'extérieur.

Tout un courant de la sociologie, qu'elle soit générale ou plus proprement politique, confirme la justesse de cette inspiration. Des hypothèses de travail identiques ont donné des résultats très appréciables.

La science juridique elle-même peut utiliser avec bonheur cette ligne directrice. Un exemple précis est donné par le problème du pouvoir réglementaire des ministres. Hauriou estime que « le ministre est le chef de la hiérarchie administrative... Cette situation nous paraît engendrer un pouvoir réglementaire qui se traduira par des règlements organiques tant pour l'organisation hiérarchique des fonctionnaires (toutes les fois que des décrets du chef de l'Etat ne se seront pas emparés de la matière) que pour la détermination des règles de procédure à suivre dans telle ou telle affaire administrative » (p. 559).

Cette opinion préfigure exactement la jurisprudence de l'arrêt Jamart en 1936 que ni Duguit ni Carré de Malberg ne pourraient expliquer de façon satisfaisante (17).

De façon plus générale, l'idée « d'autonomie limitée de l'administration » considérée comme un « corps juridique distinct »

(17) Ni l'apparition d'une coutume constitutionnelle ni la notion d'exécution des lois n'élucident la notion et le régime juridique des pouvoirs du chef de service. Cf. *infra*, II^e partie, titre III.

explique assez bien l'évolution constitutionnelle de ses dernières années (18).

Mais elle est insuffisante au niveau de l'analyse juridique du droit positif. Hauriou est alors obligé de réintroduire les considérations formelles qu'il avait précédemment écartées : il décrit la « centralisation des sources du droit sous la domination de la loi » et, montre que l'ordre juridique français établit un « bloc légal des lois et règlements ». Inévitablement l'effort fait pour rendre compte du système juridique de la III^e République perd de sa valeur du fait des changements intervenus depuis lors.

Hauriou a une conception « sociologique » du pouvoir réglementaire dont les prolongements sont immenses mais qui n'explique pas directement les mécanismes juridiques car elle se situe à un niveau plus élevé et, d'autre part, contredit en partie les fondements idéologiques du régime politique français (19). Elle ne peut dès lors servir à poser, au point de départ, une définition juridique du pouvoir réglementaire.

Aucune des trois principales constructions doctrinales ne paraît donc pouvoir être retenue pour aborder l'étude du pouvoir réglementaire. Leur vieillissement n'est pas la seule cause de leur récusation. La principale objection se situe ailleurs : si aucune théorie ne parvient à expliquer totalement le droit positif, c'est probablement parce que ce dernier n'est pas systématique. Le législateur n'a consacré aucune définition rigoureuse du pouvoir réglementaire. Bien entendu, il ne l'a pas fait explicitement. Pour savoir s'il l'a fait implicitement, il est nécessaire de partir de l'étude de la pratique et non d'un a priori doctrinal.

Section III. — Le choix d'une conception neutre et extensive du pouvoir réglementaire.

Les raisons ne manquent pas pour justifier une démarche inductive. Mais aller de la définition du règlement selon le droit positif à celle de pouvoir réglementaire entraîne des servitudes : l'empirisme des solutions pratiques a pour conséquence l'absence d'unité de la notion.

§ 1. — Les raisons du choix.

L'observation milite en faveur d'une conception neutre et extensive du pouvoir réglementaire. Trois points de vue qui

(18) Cf. Marcus LEFEVRE. *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit français et anglais*, thèse Paris, pp. 54-55 notamment.

(19) Ainsi il n'est pas contradictoire de reconnaître qu'en fait l'administration tend à s'ériger en pouvoir autonome et en même temps que la tradition républicaine lui assigne un rôle strictement subordonné. Cette tension explique au contraire l'ambiguïté de la notion d'exécution des lois aussi bien dans les faits qu'en doctrine.

ont déjà été évoqués peuvent être repris et dégagés dans ce sens.

1°) Le point de vue historique.

Le pouvoir réglementaire est, tout au moins en France, le produit des faits. Il est une création empirique destinée à répondre à des besoins pratiques. A aucun moment il n'est apparu comme une notion logique et cohérente.

Sans changer ses principes fondamentaux ni modifier sa définition du pouvoir réglementaire, le droit public français a progressivement mais entièrement renouvelé la place qu'il lui assigne parmi les sources du droit.

La première constitution française, celle de 1791, exclut l'existence même du pouvoir réglementaire en édictant que « le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou en rappeler l'exécution » (titre III, chapitre IV, section I, article 6).

La constitution du 4 octobre 1958 en décidant par son article 37 que les matières autres que celles comprises dans le domaine de la loi ont un caractère réglementaire accorde au pouvoir réglementaire la compétence de droit commun.

Entre ces deux constitutions, toute une série de dispositions successives ont fondé des compétences sans les définir ; aucune d'entre elles ne suffisant d'ailleurs pour regrouper toutes les hypothèses pratiques.

Le pouvoir réglementaire n'a pu s'adapter à cette évolution qu'à la condition de ne pas se fonder sur un principe doctrinal trop rigide. Il ne peut se réduire ni à une activité de nature législative ni à une fonction constitutionnelle d'exécution des lois ni à un pouvoir de commandement spontané mais limité.

Il est indispensable d'adopter une conception neutre du pouvoir réglementaire qui ne fasse pas allusion à son fondement théorique. Elle doit se borner à reconnaître comme réglementaire tout pouvoir consacré comme tel par un texte ou par la coutume. La liste de ces déterminations de compétence est longue et ne cesse de s'allonger car le procédé de la décision générale et impersonnelle devient indispensable à l'organisation d'une collectivité de plus en plus complexe.

2°) Le point de vue sociologique.

L'émission de règles générales et impersonnelles se retrouve dans toutes les grandes organisations. Elle n'est nullement un monopole du pouvoir étatique mais apparaît au contraire liée à un mouvement plus général d'institutionnalisation des groupes sociaux, quels que soient leur nature ou leur objet.

L'apparition d'un corps de règles juridiques et d'une organisation rationnelle se produit dans tous les groupes parvenus à un stade de développement tel que les modes traditionnels d'organisation deviennent insuffisants. Le choix des titulaires des fonctions, comme les fonctions elles-mêmes et les conduites à tenir, doit être déterminé par des règles préétablies et impersonnelles pour permettre le fonctionnement sans à coups de l'institution. Le pouvoir réglementaire devient alors un moyen nécessaire de gestion de gouvernement, au sens large du terme.

La réalité sociologique conduit donc à admettre au point de départ une conception extensive du pouvoir réglementaire. Bien entendu il lui correspond des situations très différentes sur le plan juridique mais cette spécification ne peut se faire que par référence au droit positif.

3°) Le point de vue juridique.

Le droit positif s'abstient de donner une définition du pouvoir réglementaire qui pourrait être d'application générale. L'abstention du constituant va même très loin. On aura l'occasion de remarquer que le terme de pouvoir réglementaire n'est employé dans aucun des textes constitutionnels qui se succèdent entre la Restauration et la IV^e République. La Constitution du 4 octobre 1958 restaure le terme mais semble l'utiliser dans un sens restreint. A plus forte raison, ne faut-il pas chercher dans les textes une définition précise. Non seulement la Constitution mais les lois elles-mêmes sont muettes sur ce point.

Cette attitude est volontaire : le législateur n'a pas voulu assujettir à des règles juridiques trop rigides sa collaboration avec le pouvoir exécutif : de là vient l'imprécision de la notion d'exécution des lois. Il a voulu conserver à cet instrument toutes ses facultés d'adaptation et il y a parfaitement réussi.

La distinction rigide entre les domaines législatif et réglementaire introduite par la Constitution de 1958 ne saurait tenir lieu de définition ; tout d'abord parce qu'elle est partielle et ne concerne que les règlements autonomes du gouvernement, ensuite parce qu'elle ne fait qu'établir une répartition des compétences.

Le législateur s'est donc refusé à consacrer une théorie générale du pouvoir réglementaire. Des diverses solutions qu'il a pu donner, on peut tirer les éléments d'une définition avant tout négative (par exemple est réglementaire la règle qui n'a pas valeur de loi en fonction de critères plus ou moins arbitraires).

La jurisprudence n'a pu que donner acte de cette orientation vers une conception neutre, extensive et négative. Elle non plus n'a pas dégagé de définition générale du pouvoir réglementaire. Elle s'est contenté d'inventorier les prérogatives qui s'y ratta-

chaient. Elle a défini le régime juridique applicable à chacune des catégories fort diverses de pouvoir réglementaire, par exemple l'exécution des lois, le pouvoir de police, l'organisation des services publics et maintenant la réglementation autonome. Une certaine systématisation a été possible au niveau du régime juridique et contentieux mais il n'en reste pas moins qu'il n'y a toujours pas d'unité véritable de la notion.

§ 2. — Les conséquences du choix.

Selon le droit écrit, la jurisprudence et la doctrine, le pouvoir réglementaire ne peut, en première approximation, être défini autrement que le pouvoir relevant du droit administratif d'édicter des règles de droit.

1°) Cette définition entièrement compréhensive n'est guère éclairante. Elle ne se réfère pas aux critères les plus courants de classification des actes et des activités juridiques.

Elle ne se réfère pas à un *critère de forme* qui serait propre au pouvoir réglementaire. Si certaines conditions de forme peuvent découler du régime administratif, elles s'appliquent également aux autres actes et activités qui sont soumis au même régime (notamment au pouvoir de prendre des décisions particulières).

Les *titulaires du pouvoir réglementaire* ne sont pas davantage déterminés. La Constitution l'attribue au Premier Ministre (article 21) et au président de la République (article 13) mais elle prévoit la possibilité de délégations de pouvoirs aux ministres (article 21). En réalité, le pouvoir réglementaire a toujours été reconnu à d'autres autorités dont le nombre ne cesse de croître. Toute autorité administrative n'en dispose pas ipso facto et certaines en sont expressément privées. Il est vrai que seul un organe agissant en tant qu'autorité administrative peut en disposer mais la détermination de cette qualité se fait en application de règles plus générales du droit administratif et des personnes privées peuvent en être investies. Le lien est donc nécessaire mais non suffisant et le pouvoir réglementaire ne se différencie pas fondamentalement des autres sortes de pouvoirs administratifs : il ne s'agit que de modalités pratiques d'aménagement des compétences.

Le pouvoir réglementaire n'a pas non plus d'*objet* assigné. Plus exactement, il a un objet général qui découle de sa nature matérielle : par l'édiction d'une règle générale et impersonnelle, il modifie le droit objectif et uniquement ce dernier. Mais une loi par exemple a un objet analogue, ce n'est donc pas un critère spécifique.

Il n'y a par contre aucune unité de contenu, aucun effet juridique immédiat qui soit commun à tous les actes réglementaires et qui leur soit propre. Ainsi la distinction allemande

entre les règlements d'administration qui ne contiennent que des dispositions constructives et les règlements de droit qui, contenant des dispositions normatives, n'existent qu'en vertu d'une habilitation expresse ne se retrouve pas en France. Les deux catégories sont placées exactement sur le même pied. Il est de même indifférent dans beaucoup de cas de savoir si un acte met en œuvre une prérogative de puissance publique : la gestion du domaine privé selon des règles de droit commun peut faire l'objet d'un règlement.

Traditionnellement le *champ d'application* du pouvoir réglementaire était indéfini : il résultait pour l'essentiel de déterminations légales dont la portée était limitée à leur objet précis. La Constitution a introduit une distinction rigide des domaines de la loi et du règlement mais, conformément à l'observation de Duguit, il s'agit d'une répartition des compétences entre des organes différents qui n'influe nullement sur la nature des pouvoirs en cause. Au surplus cette distinction ne s'applique strictement qu'à la seule catégorie des règlements autonomes.

Enfin la définition positive du pouvoir réglementaire ne contient aucun élément relatif à son *but*. Bien entendu comme pour tout acte administratif, l'auteur d'un règlement ne peut viser qu'un but d'intérêt public. Mais les buts particuliers peuvent être extrêmement divers. On a essayé à un moment donné de les regrouper autour de la notion d'exécution des lois mais de toute façon cette fonction n'aurait pas été propre au pouvoir réglementaire et se serait étendue à tout le pouvoir exécutif (20). La consécration du pouvoir réglementaire autonome la prive de toute valeur générale.

Dans le droit positif actuel, le pouvoir réglementaire se voit assigner plusieurs buts distincts et indépendants les uns des autres. L'assignation du but fait partie de la détermination de la compétence reconnue à chaque autorité : le Premier Ministre est chargé d'assurer l'exécution des lois, le maire de maintenir l'ordre public, le chef de service de faire fonctionner correctement le service dont il a la responsabilité... Enfin, la Constitution accorde au gouvernement en vertu de l'article 37 une compétence autonome indépendamment de toute considération de but. Le pouvoir réglementaire ne peut donc se définir par son but puisque son titulaire peut déterminer librement le résultat final qu'il veut atteindre ou que, dans d'autres cas, il reçoit des missions différentes.

L'absence d'unité de but a une signification très importante : le pouvoir réglementaire n'est pas un pouvoir au sens de la

(20) M. CAPITANT essaie encore de justifier cette conception à l'heure actuelle, mais il réduit la notion d'exécution des lois à celle de non-contraireté avec la loi, ce qui est assez mince.

Cf. CAPITANT, *De la nature des actes de gouvernement*, in *Mélanges Juliot de La Morandière*, pp. 99 et sq., notamment p. 111.

théorie constitutionnelle. Autrement dit, il ne correspond à aucune fonction spécifique de l'Etat.

2°) Le seul point commun aux différents aspects du phénomène réglementaire découle en définitive d'un critère matériel. Dans son acception la plus compréhensive, le pouvoir réglementaire n'est autre que le pouvoir d'édicter des règles générales et impersonnelles. Dans la mesure où l'on s'attache exclusivement au critère matériel, la notion conserve quelque cohérence.

Malheureusement, le droit positif français ne reconnaît l'existence d'un pouvoir réglementaire que dans le cas où il peut le soumettre à un régime administratif. Une définition juridique du règlement administratif est alors nécessaire. Elle ne fait pas seulement appel au critère matériel mais aussi à des critères à la fois formels et fonctionnels profondément hétérogènes. C'est pourtant cette notion composite qui doit servir de fondement à toute étude plus poussée du pouvoir réglementaire en droit positif.

Le règlement administratif est une décision administrative à portée générale et impersonnelle. Non seulement les deux critères doivent être combinés mais encore aucun n'est propre au pouvoir réglementaire. Il partage le premier avec l'ensemble du pouvoir de décision de l'administration et le second avec le pouvoir législatif (21).

C'est leur combinaison qui fait son originalité mais elle est toujours instable. Elle s'effectue à un niveau différent selon les temps, les matières, les problèmes. L'exemple privilégié des relations entre règlement et contrat, qui fera l'objet du chapitre IV, montre que si les critères formels prédominent le plus souvent, le critère matériel s'impose dans certains cas.

L'existence du pouvoir réglementaire résulte d'une tension dialectique entre l'aspect de règle impersonnelle et celui d'acte administratif. L'ambiguïté et l'hétérogénéité sont donc inhérentes à la notion. Le droit positif français interdit donc d'établir une théorie générale qui lui assignerait une nature et une fonction unique. Il permet seulement de dégager les éléments communs à plusieurs activités et d'en faire découler une certaine unité de régime. Le point de départ obligé est donc une analyse rigoureuse mais aussi neutre et compréhensive que possible du phénomène social et juridique que constitue le règlement.

(21) On peut admettre que la constitution de 1958 a ajouté à la définition classique de la loi un élément matériel : la loi ne saurait avoir une portée individuelle ; c'est un acte qui crée du droit objectif (indépendamment du problème du domaine de compétence).

CHAPITRE III

LA NOTION JURIDIQUE DE REGLEMENT ADMINISTRATIF

Le droit positif, la jurisprudence essentiellement, a dégagé de façon empirique les éléments d'une définition du règlement administratif qui repose sur les deux principes de soumission à un régime de droit administratif et de généralité de la règle juridique.

Ces éléments doivent être repris et analysés de façon précise. Il est alors possible d'énumérer un certain nombre de caractères dont la combinaison définit le règlement, mais qui se définissent chacun de façon autonome. Ce sont successivement :

- Le caractère décisoire du règlement
- Le caractère général et impersonnel
- Le caractère public
- Le caractère administratif.

Ces quatre caractères sont associés deux par deux, l'un englobant le règlement dans une catégorie générale (acte juridique et acte public) et le second précisant la place du règlement dans cette catégorie. Ils montrent toute la souplesse de la notion consacrée par le droit positif et ne parviennent même pas à épuiser le contenu du pouvoir réglementaire.

Section I. — Le caractère décisoire du règlement administratif.

Selon M. Vedel « une décision exécutoire est un acte juridique émis unilatéralement par l'administration en vue de modifier l'ordonnancement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confère » (1). Cette définition peut être

(1) Droit administratif 1961, p. 144.

acceptée sous bénéfice de quelques précisions que l'auteur apporte lui-même. Elle s'applique pleinement au règlement administratif qui ne constitue de ce fait qu'une catégorie de décisions administratives. Mais elle doit être précisée à la lumière d'une jurisprudence qui attache le caractère réglementaire à des actes dont le contenu ne révèle l'usage d'aucune prérogative de puissance publique.

§ 1. — *Les conséquences du caractère décisoire du règlement.*

Le règlement est donc un acte juridique, c'est-à-dire que selon plusieurs définitions parallèles il contient une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit ou encore qu'il entraîne une modification de l'ordonnement juridique ou encore qu'il édicte des normes juridiques. Ces éléments opposent les actes juridiques aux actes matériels de l'administration, même si ces derniers font partie d'une opération administrative. Ils ne présentent pas d'originalité propre aux règlements.

Cet acte a un auteur qui agit en tant qu'autorité administrative. Il ne s'agit pas d'un critère organique qui réserverait le pouvoir réglementaire à des autorités administratives par nature mais d'un critère fonctionnel qui permet d'élargir considérablement la liste des titulaires de ce pouvoir. De ce fait, la répartition des compétences en matière réglementaire est assez complexe (cf. infra).

L'acte réglementaire tient ensuite de sa qualité de décision exécutoire le caractère unilatéral. Il s'oppose ainsi aux contrats qui tirent toujours leur existence d'un accord de volontés. Le seul problème concerne la distinction entre l'accord consensuel de volontés et le concours de volontés qui est à l'origine d'un acte unilatéral à plusieurs auteurs. Le critère réside dans l'opposition des volontés en présence mais l'analyse juridique ne rend pas toujours très bien compte de la réalité et bien des actes formellement unilatéraux sont le fruit d'un compromis entre deux administrations aux intérêts et aux objectifs opposés. Quant à l'introduction de clauses réglementaires dans des actes contractuels, elle pose un problème qui sera étudié dans un chapitre distinct.

Le dernier trait emprunté à la théorie générale des décisions administratives est précisément la présence dans l'acte d'un élément de décision. Il faut qu'il produise par lui-même des effets juridiques ou dans la terminologie de la jurisprudence administrative qu'il soit de nature à faire grief par lui-même. Ainsi un arrêté conjoint du Premier Ministre et du ministre des Finances qui fixe conformément aux prescriptions de la loi de finances une liste d'économies ou d'aliénations de biens

domaniaux à réaliser ne constitue qu'une déclaration d'intention sans effet juridique direct : la réalisation des opérations prévues ne peut être effective qu'en vertu d'autres mesures juridiques (CE 14 décembre 1962 - Syndicat national de la presse quotidienne L 679). L'application de ce principe ne soulève en général pas de difficultés ou du moins ces difficultés ne sont pas propres au règlement (2).

Les circulaires et instructions de service que le supérieur hiérarchique adresse à ses subordonnés pour prescrire la conduite qu'ils doivent tenir dans l'exercice de leurs fonctions posent théoriquement un problème de cet ordre. Mais en réalité, les problèmes de compétence sont inextricablement liés à ceux qui ont trait à la nature juridique de la circulaire et sont peut-être plus importants malgré les apparences. Ils justifient en tout cas une étude distincte (3).

Le règlement présentant les traits caractéristiques de toutes les décisions exécutoires de l'administration, il n'est pas étonnant qu'il en suive le régime juridique sur bien des points. Il n'est en définitive qu'une variété de décision et à certains égards le pouvoir réglementaire n'est qu'un aspect particulier du pouvoir de décision de l'administration. Le pouvoir réglementaire n'implique pas pour autant l'exercice de prérogatives de puissance publique.

§ 2. — *Le pouvoir réglementaire n'est pas par lui-même une prérogative de puissance publique.*

Cette affirmation en apparence paradoxale a pour but de rendre compte d'une jurisprudence qui attache fermement le qualificatif de règlement à toute décision générale et impersonnelle d'une autorité administrative.

Une prérogative de puissance publique est une prérogative exorbitante du droit commun reconnue à l'autorité publique en vertu de la souveraineté nationale et étrangère aux droits normalement reconnus aux particuliers. Il importe peu ici de savoir si les sujétions en font partie au même titre que les privilèges. Un acte qui n'entraîne ni privilège, ni sujétion pour l'administration, ni droit, ni obligation exorbitante du droit commun pour l'administration, un acte dont le contenu est régi presque

(2) Cf. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, n° 1011 à 1026, et la bibliographie citée. Sont ainsi exclus les actes sans effets juridiques tels ceux qui manifestent les intentions, opinions ou prétentions de l'administration, les actes qui ne font pas grief par eux-mêmes, car ils se bornent à préparer une décision et les mesures d'ordre intérieur. La notion d'acte faisant grief est spécifiquement contentieuse et ne recouvre pas exactement celle de décision administrative qui se situe sur le plan de la nature de l'acte.

(3) Cf. *infra*, II^e partie, titre II, chapitre II.

intégralement par le droit privé ne manifeste pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

En règle générale, le contenu d'une réglementation suppose la reconnaissance à l'administration de privilèges de contrainte ou de protection. L'objet d'un règlement est souvent d'imposer une sujétion aux particuliers, qu'il s'agisse d'atteintes à la propriété privée, à la liberté des personnes ou à l'égalité contractuelle. Mais l'objet n'est pas un élément de la définition du pouvoir réglementaire, il n'existe donc pas de lien nécessaire entre le règlement et les prérogatives de puissance publique.

La jurisprudence ne tient compte que du critère matériel de généralité et d'impersonnalité et ne prend pas en considération le contenu même de la mesure. Elle reconnaît ainsi le caractère réglementaire à des actes dépourvus par ailleurs de tout élément exorbitant du droit commun.

Cette attitude se manifeste surtout à propos de la gestion du domaine privé par l'administration qui en est propriétaire. Qu'il s'agisse ou non d'un service public cette activité relève pour l'essentiel du droit privé. Les mesures particulières d'administration et de conservation de ces biens sont le plus souvent analogues à celles que pourraient prendre des propriétaires privés. Elles sont régies par le droit privé et entraînent un contentieux judiciaire (4).

Dans un souci de rationalisation, notamment, cette activité peut être réglementée ; elle ne change pas pour autant de nature. Le Conseil d'Etat reconnaît néanmoins aux règlements de gestion du domaine privé le caractère réglementaire faisant ainsi prédominer les éléments formels sur le contenu même des mesures prises.

Cette jurisprudence est traditionnelle. La réglementation de l'utilisation d'une sablière appartenant à la commune est une mesure d'administration des biens communaux distincte d'un arrêté de police (CE 6 juin 1913 Etienne L 629). Dans le même ordre d'idées, un ministre peut réglementer les conditions de gestion et d'aliénation du domaine privé de l'Etat (CE 7 mai 1954 Ministre des Finances L 257), un maire peut réglementer les conditions d'utilisation de la maison des syndicats (CE 16 décembre 1955 Union locale des syndicats C.G.T. de la région de Versailles L 592) et un conseil municipal, peut déterminer les conditions d'exercice du droit de chasse sur les terrains de la commune. (CE 15 février 1963 Chaussé A.J.D.A. 1963. 413).

Ce faisant, ces diverses autorités ne font qu'user des pouvoirs normalement reconnus à tout propriétaire. Le contenu de ces règlements, sous bénéfice des observations déjà faites, est donc régi par le droit privé.

(4) Il est, bien entendu, des exceptions notables, par exemple, dans le cas des forêts domaniales et il subsiste toujours un élément irréductible de droit public, celui qui a trait à la compétence de l'autorité administrative.

Le conseil d'Etat s'oppose fermement à ce que l'autorité propriétaire fasse usage de prérogatives de puissance publique pour la gestion de son domaine privé. Il annule les mesures prises en la forme d'arrêtés de police et assorties de sanctions pénales (5). Etant donné que des mesures de police peuvent légalement intervenir sur le domaine privé comme ailleurs (CE 21 janvier 1921, Société protectrice des animaux L. 74 par exemple), il se pose un problème important de qualification. Mais le critère de distinction entre acte de gestion et acte de police ne concerne pas notre propos (6). Il suffit de noter que le règlement de gestion du domaine privé est délibérément privé de toute prérogative exorbitante du droit commun.

« L'autorité judiciaire est, par suite, seule compétente pour connaître des litiges auxquels peut donner lieu l'application des dispositions dont il s'agit, sauf à la dite autorité à renvoyer, le cas échéant, à la juridiction administrative l'appréciation de la légalité des délibérations réglementaires prises par le conseil municipal » (CE 15 février 1963 Chaussé - précité). Le contrôle de légalité subsiste donc car il est indissociable de la qualité même de personnes et d'autorités administratives. Mais la légalité est appréciée selon des règles de droit privé. Ainsi les conditions restrictives posées à l'utilisation de la maison des syndicats sont appréciées par rapport aux dispositions du Code du Travail (CE 16 décembre 1955, Union locale des syndicats... précité).

Un règlement de gestion du domaine privé est en définitive soumis à une double compétence : compétence judiciaire pour les litiges qui touchent au fond du droit, compétence administrative pour ce qui concerne la forme de l'acte, la voie utilisée (CE 13 mai 1938, Association amicale des locataires de l'office public d'H.B.M. de Constantine L. 419. CE 30 mai 1947, Susseil et Bille L 236). Cette dualité de droit applicable et de compétence juridictionnelle est parfois source de complication. Elle a le mérite de montrer que dans des hypothèses non négligeables la voie réglementaire ne constitue pas un procédé de puissance publique.

De vives critiques ont été faites contre cette jurisprudence qui adopte une solution différente selon que l'acte concernant une même situation juridique est réglementaire ou particulier. L'opinion la plus fréquente en doctrine est que « c'est seulement lorsque le règlement peut être considéré comme l'exercice d'une

(5) (C.E., 6 juin 1913, Etienne L 629 précité. C.E., 16 février 1940, Capelle S. 1941-3-15. C.E., 26 octobre 1956, Association des combattants de la paix A.J.D.A. 1956.II.484).

(6) T.A. Bordeaux, 17 octobre 1962, Froment c/ ville de Bordeaux, D. 1963-575, note Cathelineau. C.E., 12 juin 1963, Rimoux et autres, A.J.D.A. 1963-708...

prérogative de puissance publique qu'il constitue un acte de droit public » (7). Une telle solution, est sans doute souhaitable de *lege ferenda* mais elle ne correspond pas à l'état actuel du droit positif.

Il convient donc de chercher une définition suffisamment compréhensive pour tenir compte de cette conclusion (8).

Section II. — Le caractère général et impersonnel du règlement.

Les décisions administratives peuvent être classées de diverses façons. La technique élaborée par l'Ecole de Bordeaux et utilisée en pratique aussi bien qu'en doctrine par le droit public, retient trois critères essentiels : organique, formel et matériel. Les deux premiers sont souvent liés car ils se complètent mutuellement et s'opposent fortement au troisième. Leur combinaison détermine la classification et la hiérarchisation des décisions administratives en droit public français. Envisagés séparément, ces critères jouent des rôles distincts et leur importance dépend du point de vue adopté.

Les critères organiques et formels occupent une place fondamentale dans la détermination de la hiérarchie des actes juridiques. Le critère matériel intervient surtout à un autre niveau, celui du régime juridique des actes administratifs. Il est à la base de la distinction capitale à certains égards des actes individuels ou particuliers et des actes réglementaires. Sa valeur dépend de la possibilité d'établir une distinction précise et praticable mais aussi des conséquences juridiques que le droit public français est susceptible d'y attacher. La distinction suppose une définition rigoureuse du critère qui lui sert de base et une détermination précise du contenu de cette définition.

§ 1. — Le critère de généralité et d'impersonnalité du règlement.

Le point de vue matériel s'attache au fond, à l'objet, au contenu même d'un acte juridique. Pour reprendre la définition qu'en donne Duguit « déterminer le caractère d'un acte au point de vue matériel, c'est le déterminer d'après la modification qui se produit dans l'ordonnement juridique consécutivement à cet acte » (9). Ce point de vue était tenu pour fondamental par

(7) AUBY et DRAGO, *op. cit.* I, n° 334. C. aussi VEDEL, note sous C.E., 23 janvier 1953. AUDOUIN, J.C.P. 1954-7911. DUFAY, note sous C.E., 9 avril 1954, Derisbourg J.C.P. 1955.II.8481.

(8) Bien entendu, la reconnaissance du caractère réglementaire de l'acte a pour conséquence d'établir des liens avec le droit public : la compétence administrative en matière de contentieux de la légalité est par elle-même un privilège de protection. L'important est de voir que ce privilège est une conséquence procédurale et non un critère du pouvoir réglementaire.

(9) DUGUIT, *op. cit.*, II 184.

l'Ecole de Bordeaux en raison même de sa correspondance avec la définition qu'elle donnait de l'acte juridique (un acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnement juridique).

Son intérêt est en tout cas lié à la distinction de deux catégories de situations juridiques au sein de l'ordonnement juridique : les situations générales et impersonnelles ou encore objectives s'appliquent à une catégorie indéterminée de personnes. Elles s'opposent aux situations individuelles ou subjectives propres à des personnes déterminées. Ces deux variétés présentent par nature même des caractères différents (10).

Cette systématisation, qui manifeste la portée du caractère scientifique du droit, fonde sur des bases relativement sûres la distinction matérielle des actes administratifs. Elle permet de formuler avec plus de rigueur la définition du règlement administratif qui, évidemment, était connue de fort longue date.

Elle permet à Duguit de proposer l'affirmation suivante : « Après le règlement, comme après la loi, il y a une règle nouvelle, c'est-à-dire une nouvelle disposition par voie générale. C'est une modification au droit objectif, rien qu'au droit objectif, qui s'est produite et c'est une disposition par voie générale qui a été édictée précisément parce que c'est une règle... » (11).

Le règlement qui est de ce point de vue « une loi matérielle » s'oppose aux autres actes juridiques. Il crée des situations juridiques impersonnelles ou objectives alors que les normes contenues dans les autres actes sont sources de situations juridiques individuelles ou subjectives.

Epurée de ses éléments excessifs sur le plan doctrinal, la technique de l'Ecole de Bordeaux a été adoptée par la plus grande partie de la doctrine contemporaine. La définition du règlement administratif notamment est reprise dans les mêmes termes :

Ainsi pour M. Vedel « on entend par *actes réglementaires* ou « *règlements* » des décisions exécutoires *générales et impersonnelles* » (12). De même pour MM. de Laubadère et Waline qui représentent pourtant des tendances fort différentes (13). La preuve que l'unanimité est réalisée est que les ouvrages de docu-

(10) Cf. sur ce point, l'exposé remarquablement clair de Gaston JEZE dans ses *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., p. 10.

(11) DUGUIT, *op. cit.*, p. 185.

(12) Droit administratif 1961, p. 147.

(13) « Le pouvoir réglementaire est le pouvoir que détiennent certaines autorités administratives d'édicter des mesures à portée générale et impersonnelle ». (DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire*, 3^e éd., tome I, n° 83).

« Un règlement administratif est une décision de l'autorité administrative qui édicte une règle applicable à un nombre indéterminé de personnes » (WALINE, *Droit Administratif*, 7^e éd., p. 107).

mentation adoptent des définitions similaires (14). M. Stassinopoulos conclut : « L'acte réglementaire n'est au fond qu'une règle de droit : décréter une règle signifie déterminer ou créer le droit pour toute personne ayant les traits caractéristiques fixés d'avance d'une façon générale. Donc la caractéristique de l'acte réglementaire est sa généralité » (15). Il ne reste qu'à préciser la signification de ce critère de généralité et d'impersonnalité lorsqu'il est appliqué en droit positif. Il sera alors possible de dégager la valeur de la distinction des règlements et des actes particuliers.

§ 2. — La mise en œuvre du critère de distinction.

A. - LE RÈGLEMENT SE DÉFINIT PAR SON IMPERSONNALITÉ.

Les deux éléments de généralité et d'impersonnalité qui sont le plus souvent mis en avant sont étroitement liés. Le terme de généralité est d'abord un héritage de la philosophie politique qui fit de la distinction entre actes généraux et actes particuliers un des fondements de la liberté et de la démocratie. Mais ce terme n'est pas susceptible d'une définition juridiquement précise (16).

C'est donc la notion d'impersonnalité qui apporte le critère essentiel sur le plan du droit. « J'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraits, jamais un homme comme individu ni une action particulière » déclare Jean-Jacques Rousseau dans le chapitre VI du Contrat Social intitulé « de la loi ».

L'impersonnalité réside donc en ceci que la règle établit des catégories générales et abstraites applicables à un nombre indéterminé de situations particulières.

Tous les auteurs soulignent qu'il s'agit d'une notion purement théorique dont la valeur n'est pas remise en cause si en pratique la règle ne s'applique, *hic et nunc*, qu'à un nombre extrêmement restreint de situations ou d'individus.

La jurisprudence adopte cette façon de voir. L'arrêt typique en la matière est celui du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1935, sieur Colomb (Lebon p. 1094). Il est particulièrement explicite car les requérants avaient expressément contesté la

(14) Cf. par exemple, Répertoire Dalloz, V° *Règlement administratif* : « Décision de l'autorité administrative édictant une règle juridique caractérisée par sa généralité et son impersonnalité ».

(15) STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 65.

(16) Ou alors il faudrait prendre la généralité dans son sens absolu et ne reconnaître comme générales que les mesures visant directement l'ensemble des citoyens, ce qui n'est évidemment pas concevable.

possibilité d'user en l'espèce du pouvoir réglementaire. En application d'une loi prévoyant l'établissement de statuts spéciaux pour des catégories d'agents publics algériens ne trouvant dans la hiérarchie normale aucun emploi permanent analogue à celui qu'ils occupent ; l'administration avait élaboré un statut propre aux ingénieurs divisionnaires des travaux publics : « Alors même qu'un seul agent se trouverait dans le cas de bénéficier d'un tel statut, ce statut n'en doit pas moins revêtir un caractère réglementaire ».

L'affirmation est d'autant plus nette qu'il s'agit en définitive d'un corps de reclassement qui est condamné à disparaître avec les dernières personnes à reclasser et non d'un emploi permanent, même unique, considéré abstraction faite de son titulaire actuel. L'identification des intéressés est facile à effectuer dans le premier cas mais ne change pas pour cela la nature du statut qui reste impersonnel (17).

Selon les termes mêmes de M. Vedel, « il faut bien comprendre que la différence entre actes réglementaires et actes non réglementaires est *qualitative* et non *quantitative* » (18). Mais même sur ce point, l'impersonnalité des règlements n'entraîne pas nécessairement une généralité abstraite.

M. Moreau affirme que « leur généralité consiste alors en la possibilité théorique pour tout homme de se trouver un jour ou l'autre dans la situation prévue » (19). Cette observation est souvent exacte. Être titulaire d'un permis de chasse ou être investi des fonctions de président de la République est effectivement « une situation dans laquelle un individu quelconque peut se trouver à un moment donné » ce qui suffit à assurer la généralité.

Mais il existe bien d'autres hypothèses où un règlement n'est susceptible que d'une application restreinte. Si toute personne peut espérer devenir Président de la République, seules quelques-unes peuvent établir qu'elles font partie de familles dont des ancêtres ont régné sur la France. La disposition qui les rendait inéligibles ne pouvait être générale, elle restait impersonnelle car elle était d'application permanente pour une durée indéterminée : les personnes visées par elle étaient indéterminées dans la mesure où l'avenir n'appartient à personne. Beaucoup de règlements se situent dans cette catégorie. Les conditions posées

(17) Cet arrêt témoigne de l'institutionnalisation du pouvoir. La solution se justifie dans la mesure où l'on admet que l'emploi public en cause est une fonction déterminée abstraitement et ne doit pas faire l'objet d'une sorte de droit subjectif de propriété. Un acte individuel serait la reconnaissance d'un intuitus personae incompatible avec l'Etat de droit. C'est pour cette raison et non par impossibilité pratique qu'il ne peut être utilisé dans cette hypothèse, cf. *infra*.

(18) Droit Administratif 1961, p. 147.

(19) MOREAU, *op. cit.*, p. 5.

à leur application portent atteinte à leur généralité théorique mais non à leur impersonnalité.

Cette dernière peut même être atteinte dans certains cas. Il en va ainsi lorsque les conditions exigées pour être soumis à la règle doivent être réunies avant une date donnée. Par exemple de nombreuses mesures de réglementation économique tendent à maintenir le passé. La répartition de contingents entre des entreprises selon des critères qui font appel à des productions ou des consommations passées font obstacle à ce que des nouveaux venus soient soumis à la réglementation. S'il n'est pas prévu de procédures particulières d'admission, la mesure devient fort peu réglementaire puisqu'elle ne concerne qu'une catégorie prédéterminée dont tous les membres se trouvent identifiés par la réunion à un moment donné de certaines qualités (20).

Le Conseil d'Etat considère pourtant les décisions de répartition comme des actes réglementaires (CE 21 octobre 1949 - Compagnie nationale des carburants et sieur Boucherot L 428). Il est vrai que l'impersonnalité est sauvegardée par le caractère transmissible des entreprises.

Ce dernier caractère peut même venir à manquer. Une ordonnance du 30 août 1960 pour abolir ce qu'il est convenu d'appeler le privilège des bouilleurs de cru a statué que les droits reconnus à ces derniers sont intransmissibles et doivent donc s'éteindre avec eux. On est alors assez près de la mesure particulière collective. Il reste que les conditions de reconnaissance de la qualité de bouilleur de cru sont déterminées de façon abstraite et sans acception de personnes mais elles donnent naissance à des droits strictement personnels.

« La règle est impersonnelle plus que générale et l'étendue effective de son application est sans conséquence pour son caractère. Elle est et demeure règle si elle concerne une catégorie et non des individus » (21). Cette conclusion, juste, doit être nuancée par le fait que certaines catégories se rapprochent de simples collections d'individus. Le caractère abstrait qui définit la catégorie est parfois difficile à discerner. Il existe en pratique une concrétisation progressive des situations qui, sans remettre en cause l'existence d'un seuil de rupture, le rend parfois délicat à déceler et en diminue la portée.

B. - LE RÈGLEMENT SE DÉFINIT PAR OPPOSITION AUX ACTES INDIVIDUELS ET PARTICULIERS.

Les éléments caractéristiques de l'impersonnalité sont d'autant plus difficiles à cerner que l'acte réglementaire et l'acte

(20) Cf : Délibération réglant le partage entre les affouagistes d'une coupe de bois. C.E., 19 mai 1965, Peigney. A.J.D.A. 1965.476.

(21) MOREAU, *op. cit.*, p. 9.

non réglementaire ne s'opposent pas de façon univoque. « Les actes non réglementaires sont des décisions *individuelles* (concernant une seule personne) ou *collectives* (concernant plusieurs personnes individuellement désignées) » (22). Cette définition trop étroite risque de provoquer des difficultés inextricables car toutes les décisions ne visent pas directement les personnes. Leur objet immédiat peut-être aussi de fixer le statut d'un bien ou d'une institution. Dans ce cas, le critère tiré de l'individualisation des personnes concernées n'est d'aucun secours. Il faut élargir la définition aussi bien pour reconnaître le caractère particulier d'actes qui atteignent le public à travers un bien déterminé que le caractère réglementaire des mesures d'organisation d'un service public.

1°) Les mesures visant un bien particulier.

Sur le premier de ces problèmes, la controverse s'est développée récemment à l'occasion de l'intervention de certains maires en matière de censure cinématographique. Dans plusieurs communes, les pouvoirs de police municipale ont été utilisés pour interdire la projection publique de films jugés contraires à la moralité publique. Entre autres questions, celle de la nature matérielle de ces décisions a été évoquée pour apprécier la portée générale ou limitée de l'interdiction.

Elle a été tranchée explicitement par le Conseil d'Etat : « L'arrêté attaqué par lequel le maire de Nice a interdit la projection du film « Le feu dans la peau » constitue une décision individuelle, dès lors le moyen tiré par les requérants de ce que le maire aurait excédé ses pouvoirs en prenant, en l'espèce, un arrêté de caractère réglementaire est, en tout état de cause, inopérant ». (CE 18 décembre 1959 Société des films Lutetia - Dalloz 1960 - 171 note Weil).

Comme le fait remarquer M. Weil, « cette interprétation... souligne à nouveau la fragilité de la distinction des actes réglementaires et des actes individuels car si l'interdiction revêt un caractère individuel à l'égard des films qu'elle concerne, elle est générale et impersonnelle à l'égard des spectateurs ».

A l'occasion d'autres arrêts adoptant la même solution, M. Waline critique la position de M. Weil. Le caractère de l'interdiction ne lui paraît guère contestable car « la décision vise le seul exploitant de la salle qui se proposait de représenter le film. Le public n'est nullement visé ». (Note sous CE 14 octobre 1960 Société des films Marceau et CE 23 décembre 1960 UGC - RDP 1961 140).

Cette tentative pour fonder la solution jurisprudentielle sur le caractère individualise de la personne visée, en l'occurrence

(22) VEDEL, *op. cit.*, p. 147.

l'exploitant de la salle, ne nous paraît guère satisfaisante. L'interdiction vise bien un film en raison de ses caractères propres (le motif de principe est « qu'il y a lieu d'interdire sur le territoire de la commune... les films cinématographiques contraires à la décence et aux bonnes mœurs »). Elle ne touche qu'indirectement le public aussi bien que les exploitants de cinémas. La principale personne touchée par elle est d'ailleurs le distributeur du film interdit et non l'exploitant qui peut projeter d'autres films. De plus, le maire de Nice aurait pratiqué une discrimination illégale s'il avait interdit la projection à un seul exploitant et non à ses concurrents placés dans une situation analogue.

La mesure ne peut se voir refuser un caractère réglementaire que si l'on admet qu'elle vise d'abord un bien déterminé et non une personne. Il en est de même du visa ministériel d'exploitation bien qu'il atteigne indirectement le producteur du film. L'intuitus rei, si l'on peut dire, est plus apparent que l'intuitus personae.

Sur le plan purement terminologique, on a proposé de distinguer les actes individuels qui visent des personnes déterminées et les actes particuliers qui visent des biens précis (23). La réalité de la distinction paraît indéniable. Elle paraît seule capable d'expliquer certaines solutions : ainsi un arrêté préfectoral ordonnant le remembrement dans une commune et fixant le périmètre des opérations n'est pas réglementaire car il vise des biens déterminés indépendamment de leurs propriétaires (CE 27 février 1956 - Association des petits et moyens propriétaires du Chesne L 92) (CE 19 novembre 1965 - Epoux Delattre-Floury. A.J.D.A. 1966.54. Concl. Rigaud J.C.P. 1966.II.14697) (24).

La distinction précise a contrario la portée du caractère réglementaire d'un acte. L'impersonnalité concerne aussi bien les choses que les individus, ce qui suscite de nouvelles difficultés. S'il ne fait pas de doute que le domaine territorial de compétence d'une autorité administrative a un caractère abstrait (comme le montre par exemple la substitution de régime réglementaire qui se produit en cas de fusion de communes ou de modifications de leurs limites), il se pose toujours des cas litigieux et il faut de plus trancher la question de savoir quel est l'objet principal de l'acte : l'arrêté d'alignement vise-t-il davantage l'immeuble riverain de la voie publique ou son propriétaire ? L'arrêté municipal qui « interdit l'habitation, la circulation et le stationnement dans la zone de terrain... dominée par une falaise menaçant de s'écrouler » a-t-il un caractère particulier en raison de la loca-

(23) LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutives*. Thèse 1964, p. 79.

(24) Adde : Caractère non réglementaire d'un arrêté prescrivant le curage d'un ruisseau aux riverains. C.E., 1^{er} octobre 1966, Bachimont L. 510.

lisation du danger ou réglementaire en considération du public auquel il s'adresse ? Le Conseil admet implicitement la seconde solution en examinant au fond un moyen tiré de la rupture de l'égalité devant les charges publiques (CE 17 janvier 1964, Société thermale de l'Aude, A.J.D.A. 1964 - 449). Dans certains cas, l'appréciation peut être délicate à opérer.

Il est d'autant moins facile de distinguer clairement actes individuels et actes particuliers que la distinction n'est pas nettement reconnue par tous. Le nombre d'actes visant des biens ne semble pas assez élevé au surplus, pour justifier une terminologie qui leur soit propre. Mais la définition du règlement doit tenir compte de leur existence.

2°) Les mesures d'organisation et de fonctionnement d'un service public.

Restreinte sur ce plan, cette définition peut être élargie sur un autre. Il est admis depuis toujours qu'une mesure d'organisation d'un service public a un caractère réglementaire. Mais cette solution n'est guère démontrée (25). Si une décision s'appliquait nécessairement à des personnes, beaucoup de mesures d'organisation auraient un caractère particulier ; notamment toutes les mesures d'auto-organisation puisque par hypothèse elles concerneraient une personne publique déterminée ou encore toutes les mesures contenues dans une concession de service public puisqu'elles résulteraient d'un contrat conclu intuitu personae.

Le caractère réglementaire de ces mesures ne résulte pas de ce qu'elles viseraient les agents et les usagers du service à travers la personne qui le gère. Le lien serait trop indirect. Il résulte tout simplement du caractère abstrait que ne peuvent manquer de revêtir une fonction, un service, une compétence dans un régime de pouvoir institutionnalisé. L'impersonnalité est inhérente à un régime où la puissance publique est dévolue non à un individu mais à une entité juridique abstraitement définie (même si la théorie de la personnalité morale permet à certains égards de présenter cette entité comme une personne juridique).

C. - L'IMPERSONNALITÉ DU RÈGLEMENT SE DÉFINIT PAR SES EFFETS JURIDIQUES DIRECTS

Le règlement se définit par les effets qu'il produit sur le droit objectif. Le degré requis de généralité doit être apprécié de façon

(25) Il n'est guère suffisant « de dire que le règlement d'organisation doit être ou un acte général ou un acte individuel et qu'il n'est sûrement pas un acte individuel » MOREAU, *op. cit.*, p. 10.

assez souple et l'opposition avec les actes particuliers n'est pas toujours tranchée. Il convient donc de préciser les modalités d'application du critère qui a été défini. Autrement dit, il s'agit de savoir quels sont les effets juridiques pris en considération pour déterminer le caractère réglementaire d'un acte.

La première remarque est que l'acte considéré ne doit pas nécessairement contenir une règle. Il s'agit simplement d'étendre la notion d'acte-condition dégagée par L. Duguit (26). Elle ne recouvre pas seulement l'hypothèse de l'application à un individu d'une situation générale. Bonnard a établi qu'il existait également des actes-conditions généraux comme les autorisations budgétaires ou la déclaration de l'état de siège (27). Cette notion est extrêmement pratique et elle tend à être utilisée assez fréquemment (déclaration de l'état d'urgence, reconnaissance de la qualité de département sinistré en matière agricole..., octroi de la qualité de zone spéciale de conversion, de zone d'action rurale...). Tous ces actes provoquent entre autres effets l'application générale et impersonnelle d'un statut légal et réglementaire préétabli. Ils doivent de ce fait être considérés comme des règlements.

Mais pour éviter un élargissement trop important de la notion de règlement, il convient d'apprécier strictement la nature juridique des effets qu'entraîne un acte administratif. Seuls doivent être pris en considération les effets juridiques directs qui sont impliqués par l'acte à l'exclusion des conséquences plus lointaines qui peuvent avoir une autre portée. Une appréciation plus étendue ne manquerait pas de donner lieu à d'inextricables difficultés puisque par hypothèse toute règle générale aboutit à des cas particuliers au stade de son exécution.

Chaque disposition doit être examinée en elle-même. Elle est réglementaire si elle s'applique à une catégorie envisagée comme telle, sans considération des individus qui la composent, actuellement. La loi modifiant le régime électoral des conseils municipaux dans les communes de plus de 30.000 habitants, reste générale bien que l'on puisse établir la liste des communes visées au moment de son adoption.

Ce principe doit être maintenu d'autant plus strictement que des discordances entre les effets directs et les effets indirects d'un acte peuvent se produire. M. Stassinopoulos cite un exemple qui fait actuellement partie du droit positif français. « L'ordre de police adressé à un local interdisant l'entrée de mineurs est un acte individuel par rapport au propriétaire du local et indirectement réglementaire en ce qui concerne les clients mineurs » (28). Dans la mesure où il est nécessaire de choisir une qualification, il faut opter pour celle qui est tirée des effets directs et immédiats

(26) DUGUIT, *op. cit.*, p. 191 et sq.

(27) BONNARD, *Précis de Droit Administratif* 1940, p. 33

(28) STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 67.

de l'acte : l'ordre cité en exemple doit être considéré comme un acte individuel. (Dans le même sens : C.E. 12 mars 1965, Syndicat national des pilotes de ligne... L. 170).

Le même principe permet de qualifier d'autres types d'actes juridiques dont la nature n'est pas évidente au premier abord. L'approbation ou l'annulation d'un acte réglementaire a ainsi un caractère réglementaire. La solution est facile à comprendre dans le cas où l'approbation est donnée par le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte initial : le supérieur participe en effet à la compétence de l'autorité subordonnée en vertu de son pouvoir hiérarchique.

M. Stassinopoulos estime par contre que « dans le cas où l'approbation est accordée en vertu de la tutelle administrative, la solution n'est pas la même : l'acte du préfet approuvant le règlement édicté par le Conseil Municipal... est un acte individuel vis-à-vis de la commune » (30). Il en déduit l'illégalité d'un retrait de l'approbation mais cette solution semble résulter tout simplement du principe général selon lequel le pouvoir de tutelle n'existe que dans les hypothèses formellement prévues par la loi : le Code d'Administration Communale autorise le préfet à annuler à tout moment les arrêtés municipaux de police ; il ne prévoit pas ce droit en ce qui concerne l'approbation des délibérations du Conseil municipal. Ni dans un cas ni dans l'autre, il n'est question de droits acquis au profit des autorités communales.

Par contre l'intérêt est grand de reconnaître à l'acte d'approbation la même nature juridique qu'à l'acte approuvé, sur le plan contentieux notamment. La jurisprudence, en déclarant qu'une opposition ministérielle à une délibération réglementaire du Conseil d'Administration de la Caisse Nationale des retraites des agents des collectivités locales a un caractère réglementaire semble se rallier à ce point de vue. (C.E. 15 février 1956, Bossis. L. 605). Il en résulte par exemple la possibilité d'invoquer l'exception d'illégalité de l'acte d'approbation à l'occasion d'un litige sur l'acte initial.

§ 3. — La valeur de la distinction

Ainsi précisée, la distinction des actes réglementaires et des actes non réglementaires doit être appréciée à sa juste valeur. De façon générale, l'étude même du pouvoir réglementaire a pour but de dégager la portée de cette distinction. Néanmoins quelques observations préalables ne sont pas inutiles sur le problème de sa valeur technique comme critère de classification. Sa valeur normative mérite également un rapide examen dans la mesure

(30) STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 67.

même où la philosophie politique libérale en fait un élément important de la liberté politique.

L'école de Bordeaux a accordé à la classification matérielle des actes juridiques une place fondamentale dans sa théorie générale du droit. Mais cette systématisation ne doit pas cacher les « limites techniques » que rencontre son application. Il faut d'abord réserver l'hypothèse d'actes qui ne peuvent entrer dans ces cadres. Il faut surtout admettre que le régime juridique d'un acte, même en ce qui concerne les conséquences de la distinction matérielle, n'est pas strictement lié à la nature matérielle de l'acte.

Il existe donc des actes qui ne peuvent trouver place dans la classification bipartite des actes. Le décret de ratification d'une convention internationale en offre un exemple. Sur le plan théorique, il est déjà difficile d'admettre qu'il rentre dans l'une des hypothèses prévues par Duguit. En droit positif, cette intégration est impossible. Il subsiste trop de différences irréductibles. Cette situation n'est en définitive pas trop gênante car les difficultés de ce genre concernent essentiellement des actes de gouvernement qui ne font pas partie de la catégorie des actes administratifs.

Mais il existe également des actes administratifs pour lesquels la distinction perd la plus grande partie de son sens. Les actes intégrés dans une opération administrative complexe ne se définissent pas par leur nature matérielle mais par le rôle qu'ils jouent dans l'opération et, en dernière analyse, par la nature même de l'opération.

« Phases transitoires d'une opération globale ayant son objet propre, destinés à disparaître avec l'apparition d'une ou plusieurs décisions individuelles ultimes, ces actes intermédiaires (tableau d'avancement, liste des entrepreneurs admis à une adjudication restreinte, déclaration d'utilité publique...) voient en vérité leur nature juridique entièrement déterminée par l'objet de l'opération complexe dont ils ne sont pas dissociables ». (Conclusions Laurent sous CE 17 juin 1955, Ministre du commerce et de l'industrie c/. Association pour la sauvegarde du parc des sports, A. Rondenay. AJDA 1955.II.288).

Des incertitudes subsistent sur la nature juridique exacte de certains actes dont la qualité de décisions administratives est incontestable. Cette situation est moins troublante en elle-même que par les conséquences qu'elle entraîne sur le régime juridique de ces actes.

L'opération administrative dans son ensemble est soumise à un régime unique déterminé par le caractère particulier de la décision finale (notamment elle aboutit à la création de situations individuelles acquises). Mais en même temps pour respecter l'unité de l'opération, des dérogations aux règles applicables aux décisions non réglementaires sont inévitables (l'exception d'illé-

galité de tous les actes antérieurs peut être accueillie à l'appui d'un recours contre la décision finale). L'arrêt précité du 17 juin 1955 effectue cette dissociation des règles qui caractérisent le régime de chaque catégorie d'actes.

Bien mieux des actes dont le caractère particulier est indiscutable peuvent se trouver soumis au régime des actes réglementaires : les délégations de pouvoir ou de signature sont ainsi considérées comme réglementaires quoique les secondes ne puissent se concevoir qu'en considération de la personne du délégataire : leur légalité peut être contestée à tout moment, à l'occasion de toutes les décisions prises sur leur fondement (31).

Même si ces hypothèses concernent des cas marginaux, elles doivent être prises en considération : les régimes juridiques consacrés par la jurisprudence sont en réalité fonctionnels. Le Conseil d'Etat les utilise pour parvenir à tel ou tel résultat, comme la stabilité d'une situation ou au contraire sa conformité au droit. Les conséquences d'une délégation de signature ont amené le Conseil à la considérer à l'égal d'un titre réglementaire de compétence bien qu'elle présente à certains égards un caractère personnel accentué (elle disparaît avec la personne du délégué ou du délégataire). Elle joue en effet le même rôle et le régime contentieux du règlement permet de sanctionner plus efficacement le vice d'incompétence qui est le plus grave dont puisse être atteint un acte.

Dans cette optique fonctionnelle, la coïncidence entre nature et régime juridique ne peut pas être parfaitement assurée. Le caractère réglementaire d'un acte ne suffit donc pas à éclairer, même partiellement, sur son régime juridique. Dans son domaine normal d'application, la distinction des actes réglementaires et non réglementaires a une valeur technique limitée. Mais sa valeur normative semble en justifier l'importance traditionnelle (32).

Section III. — Le caractère public du règlement

L'édition d'un règlement constitue normalement l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale, même si elle ne suppose pas toujours la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. Elle revêt de ce fait un caractère fondamentalement inégalitaire. La portée générale et impersonnelle de la mesure vient encore accentuer ce trait : non seulement la nature juridique s'impose unilatéralement mais encore elle concerne une catégorie générale et non une personne déterminée.

Cette observation est à la source des conceptions doctrinales

(31) C.E., 28 juin 1957, Sieur X, A.J.D.A. 1957.II.391. Chronique Fournier et Braibant, T.A. Paris, 5 février 1958, sieur BUEAN, c. préfet de police, A.J.D.A. 1960-135.

(32) Cf. *supra*, chapitre I.

qui inspirent la philosophie politique sur laquelle repose encore le régime constitutionnel français.

Le règlement doit être un acte de l'autorité publique parce qu'il établit une relation d'inégalité entre son auteur et son destinataire et que seule l'autorité publique peut être légitimement fondée à agir ainsi dans une société où tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

Le caractère public du pouvoir réglementaire ne résulte donc pas de l'observation et de la systématisation de la réalité sociale et politique. Il est lié à l'affirmation de valeurs philosophiques et morales, telles que la liberté et l'égalité. Sa valeur n'est pas scientifique mais normative.

Constater la généralité du phénomène et la diffusion du pouvoir réglementaire dans toute la société ne remet pas en cause la valeur du principe, puisque c'est se placer sur un plan différent. La critique peut tout au plus porter sur l'opportunité qu'il y a de restreindre à l'extrême le nombre des sources de droit.

Par contre, accepter une définition d'ordre philosophique doit conduire à accepter les difficultés que soulève sa mise en œuvre. La détermination des règlements soumis à un régime de droit public n'est pas particulièrement aisée en droit positif car elle ne correspond pas à des données de fait bien établies. Le critère juridique n'est pas exactement le même pour les personnes publiques et pour les personnes privées. Il ne coïncide pas toujours avec le critère parallèle applicable aux décisions particulières. Ce flottement est inévitable : le caractère public du règlement ne résultant pas de la nature des choses mais d'une détermination juridique.

§ 1. — *Le problème des pouvoirs réglementaires de droit privé*

Bien que l'émission de règles générales et impersonnelles se retrouve dans toutes les institutions sociales pour des raisons fonctionnelles, la philosophie individualiste du droit français refuse d'admettre la qualification de pouvoir réglementaire en droit privé. Mais la pression des faits a obligé à apporter des exceptions à ce principe.

A. - LE REFUS DE RECONNAISSANCE PAR LE DROIT DE POUVOIRS RÉGLEMENTAIRES PRIVÉS

L'Etat ne peut en aucune façon être considéré comme la seule source du Droit mais il détient le monopole de la contrainte organisée : Il est la seule autorité habilitée à contraindre un individu pour l'obliger à respecter les règles de droit. De ce fait, il joue un rôle pratiquement exclusif dans la formulation du droit positif. Ce dernier se caractérisant par l'existence d'une sanction organisée, ce n'est que dans la mesure où l'Etat accepte

de sanctionner une règle sociale qu'elle se transforme en règle de droit positif.

Les principes fondamentaux du droit français s'opposent à la reconnaissance de pouvoirs de décision unilatérale entre des mains privées. Il en résulte que ces pouvoirs de fait ne peuvent accéder à l'existence juridique.

« Dans le système classique du droit français moderne, tel qu'il s'affirme au début du XIX^e siècle, il n'y a pas de place, en principe du moins, pour la reconnaissance d'un certain pouvoir réglementaire à des organisations professionnelles. Ce système de droit repose en effet sur les deux idées essentielles de la suprématie incontestée de la loi et de la liberté des stipulations contractuelles » (33). Ce constat peut être étendu à l'ensemble des situations de droit privé que le principe de la liberté du consentement différencie radicalement des situations de droit public où règne la volonté générale.

La conception libérale du XIX^e siècle prolonge la conception révolutionnaire sans la remettre en cause. Le principe de légalité est interprété plus largement par l'intégration des règlements administratifs mais il subsiste dans son essence qui est l'identification de la loi et du droit objectif.

L'époque contemporaine aboutit au contraire à la résurrection de la multiplicité des sources du droit. Mais si les principes traditionnels ne sont plus unanimement acceptés, ils ne sont pas pour autant changés (34).

Il en résulte cette situation confuse que le pouvoir réglementaire des personnes privées ne peut être reconnu en principe mais que les exceptions se multiplient sous la pression des faits et des idées.

En règle générale, les manifestations du pouvoir réglementaire doivent rester occultes ou se présenter sous forme contractuelle pour être assimilables dans le droit positif. Il est exceptionnel que leur véritable nature puisse être reconnue comme dans le cas des prérogatives du chef d'entreprise (35).

(33) R. MASPETIOL. *Le pouvoir réglementaire des organisations professionnelles*, in *Etudes de droit contemporain*, tome IV, p. 149.

(34) Pour plus de détails, cf. R. MASPETIOL, *op. cit.*, et QUERMONNE, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques*. Thèse Caen 1951.

(35) Bien entendu l'employé n'est soumis à l'autorité du chef d'entreprise que parce qu'il existe entre eux un contrat. La liberté d'entrer ou de sortir d'une institution demeure la marque irréductible du droit privé. La participation au groupe ne peut être forcée ; mais l'autorité qui s'y exerce n'en acquiert pas pour autant un caractère contractuel, elle se fonde simplement sur sa nécessité sociale. Le contrat n'intervient, s'il y a lieu, que pour déterminer son champ d'application. La soumission à l'autorité résulte d'un acte ou d'un fait volontaire.

B. - LES POUVOIRS RÉGLEMENTAIRES DE DROIT PRIVÉ CONSACRÉS PAR LE DROIT

La technique strictement contractuelle du droit privé classique s'est révélée incapable d'appréhender juridiquement la nature des relations qui s'établissent au sein de certains groupes sociaux. Certaines relations d'autorité peuvent être ramenées sans trop d'artifices à la mise en œuvre de stipulations conventionnelles. Cela devient impossible pour certaines autres. Le législateur a dû intervenir pour fonder juridiquement des pratiques de fait que la jurisprudence se refusait à reconnaître. Il a été ainsi conduit à écarter un certain nombre de fictions et à établir des qualifications plus exactes. Un exemple privilégié est fourni par les relations collectives au sein de l'entreprise.

Les entreprises publiques et les entreprises privées concessionnaires de service public sont évidemment le terrain d'élection de certaines interventions législatives en raison de l'étroitesse des liens qu'elles entretiennent avec la puissance publique. Sans cesser d'être soumises en principe à un régime de droit privé, elles bénéficient de nombreuses dispositions spéciales qui leur reconnaissent certains pouvoirs de décision à caractère unilatéral et parfois réglementaire.

Ainsi par exemple, les compagnies concessionnaires de chemin de fer, puis la S.N.C.F. qui leur a succédé ont le droit d'établir des règlements de retraite applicables à leur personnel. Le but de cette législation est d'ailleurs de faciliter le contrôle étatique qu'assure l'homologation par le ministre des travaux publics. La jurisprudence a reconnu formellement qu'elle établit un pouvoir réglementaire de droit privé : « les règlements établis... pour déterminer les modalités du régime de retraite de son personnel... émanant du concessionnaire et régissant les rapports de droit privé entre ce dernier et ses agents, ... ne présentent pas le caractère d'actes administratifs ». (TC 12 juin 1961 sieur Rolland c/ S.N.C.F. AJDA 1961 - 633).

Le régime des retraites de la S.N.C.F. échappe au droit commun des conventions entre employeur et employé. Il fait l'objet de règlements unilatéraux. Les rapports restent cependant de droit privé, ce qui entraîne la compétence judiciaire, solution justifiée avant tout par des arguments d'opportunité. L'hypothèse reste malgré tout trop exceptionnelle pour pouvoir être généralisée. Il est trop évident que c'est la volonté du législateur et non la nature même de l'entreprise qui a entraîné le recours au procédé réglementaire. Cette jurisprudence signifie seulement qu'il existe des pouvoirs réglementaires de droit privé par détermination de la loi (36).

(36) Cette solution est néanmoins appliquée sur une grande échelle. Ainsi le personnel de la majorité des entreprises nationalisées est soumis à un statut réglementaire de droit privé, assez proche quant au fond du statut de la Fonction Publique.

Mais il est des hypothèses où le législateur au lieu d'écarter l'application des règles de droit commun s'est borné à établir leur qualification exacte.

L'entreprise n'est pas un simple contrat comme le voudrait le Code Napoléon. Elle est aussi un groupe social structuré, une institution, au sens sociologique et juridique du terme. L'analyse contractuelle des relations entre l'entreprise et son personnel est insuffisante pour cette raison. Elle pêche par individualisme et égalitarisme et ne peut expliquer juridiquement l'existence d'une collectivité unifiée sous un pouvoir.

La loi a dû corriger sur certains points cette analyse que la jurisprudence était bien obligée d'adopter. Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise est apparu aussi nécessaire qu'impossible à fonder sur le seul contrat de travail. La jurisprudence a fini par admettre qu'il est inhérent à la fonction de chef indépendamment de toute clause contractuelle. (Cass. Soc. 16 juin 1945 Droit Social 1946 - 427 note Durand. Cass. Soc. 15 décembre 1961 D 1962 - 306).

Il n'est toutefois qu'indirectement à l'origine d'une réglementation (le chef d'entreprise formulant les prescriptions dont la violation entraîne une sanction disciplinaire). Par contre le règlement d'atelier est réglementaire par son objet même. Il est né sous forme d'usage que la jurisprudence judiciaire analysait comme un contrat d'adhésion.

Mises à part certaines clauses, il s'agit en réalité d'un acte d'autorité édicté unilatéralement par le chef d'entreprise et contenant les règles générales qu'il juge indispensables au bon fonctionnement de son entreprise. L'analyse statutaire et réglementaire qui est celle du législateur (articles 22 et 23 du livre I du code du travail) permet seule d'expliquer certaines solutions dont la nécessité ne peut être niée, par exemple l'impossibilité de discuter individuellement les clauses du règlement ou encore le droit pour le chef d'entreprise de le modifier sans remettre en cause l'existence des contrats de travail (37).

La législation a donc dû dans certains cas reconnaître l'existence de pouvoirs réglementaires dans des groupes de caractère éminemment privé. D'autres exemples que celui de l'entreprise peuvent être évoqués. Les statuts, les règlements intérieurs et les décisions qui prennent les sociétés et les associations par vote à la majorité revêtent souvent un caractère réglementaire.

Les exceptions se multiplient sans pour autant renverser le principe. Une grande diversité se manifeste qui n'est pas l'effet d'un plan préconçu mais plutôt le signe d'une crise de l'ordre juridique tout entier.

(37) Cf. RIVERO et SAVATIER, *Droit du travail*, pp. 160-113.

DURAND et JAUSSEAU, *Traité de droit du travail*, tome I, p. 423 et sq. comparer avec la théorie des pouvoirs du chef de service en droit public, cf. *infra* II^e partie, titre III.

Certaines situations aboutissent à l'édition de pouvoirs réglementaires régis purement et simplement par le droit administratif (Codes de déontologie des ordres professionnels). Cette publicisation est largement fictive le plus souvent mais elle est un moyen de résoudre le problème dans les cadres du droit positif (38).

Souvent aussi le caractère réglementaire n'est reconnu que partiellement et les situations en cause restent régies par le droit privé. C'est alors seulement que l'on peut parler de pouvoirs réglementaires de droit privé.

Aucune de ces solutions n'est pleinement satisfaisante mais aussi longtemps que la théorie générale du droit ne reconnaîtra pas l'existence d'une branche du droit consacrée à l'étude des phénomènes d'autorité dans les institutions privées, il sera impossible de délimiter logiquement le champ d'application du pouvoir réglementaire public.

En attendant « la conception communautaire a un double mérite : elle rend compte de solutions positives que mutilait l'analyse contractuelle ; surtout si elle devance l'évolution du droit, celle-ci semble aller dans le sens qu'elle indique » (39).

§ 2. — Les règlements édictés par des autorités publiques classiques

A. - LE CARACTÈRE RÉGLEMENTAIRE DE TOUS LES ACTES GÉNÉRAUX DES AUTORITÉS CLASSIQUES

Tous les actes émanant d'autorités administratives ne constituent pas nécessairement des actes administratifs. L'administration peut en effet accomplir des actes de gestion privée qui relèvent du droit privé et de la compétence judiciaire. Le critère qui permet de déterminer les deux catégories d'actes n'est pas exactement le même pour les actes réglementaires et pour les actes non réglementaires. Il en résulte une discordance entre leurs champs d'application respectifs.

La jurisprudence tend à qualifier la nature juridique des actes dont elle a à connaître en fonction du droit applicable à la solution du litige. Elle semble faire de cette détermination du droit applicable la clause principale de répartition des compétences entre juridictions judiciaires et administratives (40).

Mais cette attitude ne vaut qu'à l'égard des actes particuliers. La jurisprudence « admet, en effet, que les règlements administratifs doivent être considérés comme des actes de droit public, même s'ils concernent des situations juridiques de droit privé

(38) Cf. *infra*, même chapitre § 3 et II^e partie, titre II, chapitre II.

(39) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 97.

(40) Cf. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, tome I.

ou relevant de la juridiction judiciaire par son application d'une clause spéciale de compétence » (41).

Le critère applicable aux règlements est donc extrêmement simple : tout acte édicté par une autorité administrative et dont la portée est générale et impersonnelle constitue un règlement administratif quel que soit son objet ou l'étendue des prérogatives qu'il met en œuvre.

Les difficultés naissent non de la complexité de ce critère mais de la discordance qu'il entraîne entre actes réglementaires et actes non réglementaires. Il existe toute une série d'hypothèses où l'existence de règlements administratifs soumis à un régime de droit public vient détruire l'unité de régime de situations régies par le droit privé ou relevant de la compétence judiciaire.

B. - LA DIFFÉRENCE DE CRITÈRE ENTRE ACTES GÉNÉRAUX ET ACTES PARTICULIERS

La discordance peut tout d'abord être établie par l'application de clauses spéciales, législatives ou réglementaires de compétence au profit de la juridiction judiciaire. Ainsi le contentieux des contributions indirectes est traditionnellement confié, en France, aux tribunaux civils. Mais ceci ne concerne que les litiges individuels : le contrôle de légalité des actes réglementaires établissant des impôts est assuré par la voie du recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives. Cette solution se justifie, malgré la clause spéciale de compétence, par l'idée que l'ordre juridictionnel administratif est le gardien naturel de la légalité (42).

Au surplus l'hypothèse précédente vise des situations le plus souvent exorbitantes du droit commun. Il est donc normal d'interpréter restrictivement la clause de compétence judiciaire.

Il n'en va pas de même en matière de services publics à gestion privée, de services publics industriels et commerciaux pour l'essentiel. En principe tout au moins, le fond du droit et la compétence coïncident, par application du critère de similitude avec les entreprises privées analogues.

Une exception subsiste : bien qu'en réalité le chef de service et le chef d'entreprise privée usent d'un pouvoir réglementaire analogue, la jurisprudence estime que « c'est par nature un pouvoir administratif dont le contrôle appartient au juge administratif » (conclusions Ordonneau sous CE 10 nov. 1961 Sieur Missa... AJDA 1962.II.40). (Dans le même sens : CE 10 janvier 1967 Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F. AJDA 1967 - 296 chr. 270).

La dichotomie entre « les litiges individuels... (qui) ressortissent à la compétence des tribunaux judiciaires » (CE 8 mai 1957

(41) AUBY et DRAGO, *op. cit.* I, n° 334.

(42) AUBY et DRAGO, *op. cit.*, n° 495 et 1005.

- Jalenques de Labeau L 158) et les « requêtes dirigées contre les règlements administratifs » pour lesquels « les juridictions administratives demeurent en revanche compétentes » (CE Sieur Missa précité) est bien affirmée. Les deux solutions se trouvent parfois appliquées dans un même arrêt (CE 16 octobre 1953 Société des verreries de Saint-Antoine L 444). Leur portée est générale, bien que la condition des agents du service en soit l'objet principal, et concerne aussi bien l'organisation que le fonctionnement du service.

Le mode de gestion d'un service public n'exerce donc aucune influence sur la nature d'un acte réglementaire qui revêt un caractère administratif dès lors qu'il est pris par une autorité administrative.

La même attitude se retrouve à propos de la théorie des rapports de droit privé. Cette dernière se rattache à la politique jurisprudentielle des « blocs de compétence » qui vise à simplifier les critères de délimitation et à unifier le contentieux d'une matière donnée.

Elle consiste à décider que l'intervention de l'administration dans les rapports de droit privé donne naissance à un contentieux judiciaire. Au lieu d'une détermination analytique de la nature de l'acte par lequel est intervenue l'Administration, la jurisprudence adopte un critère synthétique et ne s'attache qu'à la nature de la situation dans son ensemble.

Cette jurisprudence a été extrêmement critiquée (43). La doctrine a dénoncé le caractère vague du critère ainsi adopté. Elle a aussi montré l'illogisme de ce critère qui ne s'applique qu'aux actes particuliers et non aux actes réglementaires (CE 9 mai 1952 Chambre syndicale des maîtres portefaix L 247).

La théorie des rapports de droit privé en effet ne déroge pas à la solution plus générale selon laquelle un acte réglementaire garde une nature administrative quelle que soit la situation qu'il régit.

Dans trois séries d'hypothèses, la portée réglementaire ou particulière d'un acte détermine sa qualification juridique au regard du droit applicable. Le champ d'application du règlement administratif est dans les trois cas plus étendu que celui de l'acte particulier. Cette discordance suscite un certain nombre de difficultés.

C. - LES CONSÉQUENCES DE LA DIFFÉRENCE DE CRITÈRE

Elle crée tout d'abord des difficultés de procédure. Sauf lorsque le juge judiciaire a reçu plénitude de juridiction comme

(43) Cf. notamment : C.E., 5 février 1954, Association El. Hamidia, J.C. P. 1954 11 836, conclusions Mosset.

C.E., 23 janvier 1953, Audouin, J.C.P. 1954 7911, note Vedel.

C.E., 9 avril 1954, Derisbourg, J.C.P. 1955, 8481, note Dufau.

dans le cas des contributions indirectes, l'exception d'illégalité d'un règlement oblige à saisir le juge administratif. On retrouve à ce niveau la complexité des règles de compétence que l'on avait voulu éviter.

L'anomalie est encore plus curieuse si l'on considère le fond du droit. Sur une même matière, les actes juridiques relèvent de deux juges différents selon que leur portée est réglementaire ou particulière. La nature même de la norme qu'ils posent n'est pas prise en considération.

Un règlement relatif à l'organisation d'un service à gestion privée relève du juge administratif s'il ne contient aucune mesure exorbitante du droit commun. Les actes individuels d'application par contre sont déferés au juge judiciaire bien que le droit applicable soit le même dans les deux cas. En sens inverse, le juge judiciaire connaît d'actes unilatéraux qui manifestent l'exercice d'une prérogative de puissance publique mais s'insèrent dans des rapports de droit privé ; et si ces actes se fondent sur une réglementation seul le juge administratif peut contrôler la légalité de cette dernière.

Le juge administratif peut ainsi être amené à accomplir cette tâche en utilisant des règles de droit privé : la légalité externe de l'acte relève nécessairement du droit public puisque l'acte est formellement et organiquement administratif. Mais sa légalité interne peut dépendre de principes propres au droit privé et le juge est tenu soit de statuer sur des questions pour lesquelles il ne dispose pas d'aptitudes particulières soit, dans certains cas de renvoyer à l'autorité judiciaire la connaissance de questions préjudicielles (TC 19 mai 1958 Demoiselle Albault L. 794, à propos d'un arrêté ministériel étendant une convention collective).

Si regrettables que soient ces difficultés, il semble cependant difficile de les éliminer : il n'est nullement certain qu'une autre solution jurisprudentielle puisse simplifier la question.

La distinction analytique des situations de droit public et des situations de droit privé est souvent très délicate à opérer, d'autant plus qu'elle ne se fonde pas sur un critère sûr et précis. Un même règlement contient les deux : ainsi les services d'utilité agricole des chambres d'agriculture fonctionnent selon les lois et usages du commerce sous réserve des règles de droit public résultant de leur caractère de service public et du caractère d'établissement public administratif des chambres d'agriculture, toutes les règles d'organisation et de fonctionnement ont pour but d'opérer une conciliation entre ces deux aspects contradictoires (CE 1^{er} juillet 1960 - Assemblée permanente des présidents de chambres d'agriculture A.J.D.A. 1960.330).

La compétence du juge administratif se justifie donc à leur égard mais de sérieuses raisons d'opportunité expliquent la solution inverse en matière d'actes particuliers.

La gestion privée répond à un souci d'assouplissement qui correspond à des nécessités pratiques. La théorie du bloc de compétence simplifie les recherches de compétence juridictionnelle. Tout compte fait, il est plus simple de rechercher si un acte a une portée réglementaire ou particulière que de déterminer s'il régit une situation de droit public ou de droit privé ou encore s'il comporte l'utilisation d'une prérogative de puissance publique.

C'est en tout cas ce que semble penser la jurisprudence et le principe demeure que tout acte général et impersonnel édicté par une autorité administrative constitue un règlement administratif quelles que soient la nature et la portée des règles qu'il contient.

§ 3. — *Les règlements édictés par d'autres personnes que les personnes publiques classiques.*

Bien que recelant quelque arbitraire, le critère du caractère réglementaire d'un acte est relativement simple lorsqu'il est appliqué à une autorité administrative classique. Mais il ne peut être transposé au cas des règlements édictés par des personnes privées ou des personnes publiques ou semi-publiques de création récente (44).

L'édition de règles générales et impersonnelles n'est en effet pas le monopole de la puissance publique et un critère restrictif s'avère nécessaire. La distinction du public et du privé ne résulte pas de la considération du fond ou du moins elle n'en résulte pas de façon exclusive puisqu'il existe en fait en droit, des pouvoirs réglementaires privés. La qualification d'acte administratif est en réalité la conséquence qu'entraîne l'application de certains critères de compétence contentieuse.

La juridiction administrative ne retient sa compétence que dans un certain nombre d'hypothèses qu'elle entend contrôler en raison de leurs liens avec l'activité administrative. Elle l'écarte au contraire dans des cas matériellement semblables qui se situent hors de la sphère administrative. Au surplus l'invasion de l'administration par les personnes privées est un phénomène qui s'est développé récemment et que la théorie juridique n'a pas encore parfaitement intégré. La reconnaissance du caractère public de certains actes émanant de personnes privées vise à compléter et à corriger les critères classiques devenus insuffisants et inadaptés. Elle ne découle pas de la nature des choses mais remplit une fonction qui la dépasse.

Contrairement à la solution adoptée pour les personnes publi-

(44) Nous n'avons pas à définir des notions de personne publique et d'autorité administrative par opposition à celle de personne privée, car une telle recherche nous entraînerait trop loin. Il suffit pour notre propos de se référer aux données parfois empiriques de la jurisprudence.

ques classiques, la jurisprudence ne s'attache pas à la qualité de l'auteur de l'acte mais seulement à la portée de l'acte, à sa fonction juridique. Les conditions requises pour qu'un acte relève du droit administratif sont de ce seul fait, radicalement différentes de celles qui s'appliquent aux actes formellement administratifs.

A. - LA DISSOCIATION DES NOTIONS DE PERSONNE PUBLIQUE ET D'ACTE ADMINISTRATIF.

Traditionnellement les personnes privées ne pouvaient participer à l'activité administrative que par l'exécution de services à gestion privée. La concession de services publics industriels et commerciaux constituait le procédé classique dans ce domaine et les exceptions restaient peu nombreuses.

Le problème de l'édition d'actes administratifs par des personnes privées ne s'est posé que lorsque ces dernières se sont vu conférer le droit de gérer des services publics administratifs. Il ne s'est développé dans toute son ampleur qu'à partir de la seconde guerre mondiale.

A cette date en effet les organismes professionnels ont été volontairement associés à l'application des mesures de réglementation économique ou d'organisation professionnelle. La jurisprudence a dû prendre parti sur la nature juridique des pouvoirs que cette législation leur conférait.

Le célèbre arrêt *Montpeurt* du 31 juillet 1942 (Sirey 1942.III.37 Dalloz 1942.138) a apporté une solution qui alimenta longtemps les controverses doctrinales. Le Conseil d'Etat se contentait d'indiquer que le comité d'organisation dont un acte était attaqué ne constituait pas un établissement public sans donner d'autres indications sur sa nature et sans préciser l'influence de cette observation sur le caractère public de ses actes.

Toute ambiguïté a été levée par un arrêt plus récent (CE 13 janvier 1961 *Magnier* RDP 1961.154 conclusions Fournier). Alors que le comité d'organisation de l'arrêt *Montpeurt* a une nature juridique indéterminée le groupement de défense contre les ennemis des cultures de l'arrêt *Magnier* est expressément définie comme une association privée.

Cette circonstance n'influe nullement sur la nature des actes qu'elle peut prendre. Le critère utilisé pour déterminer la nature publique ou privée d'un acte ne prend pas en considération la qualité de la personne dont il émane ou du moins le caractère privé d'une personne ne fait pas obstacle à ce que dans certaines conditions elle prenne des actes administratifs et en sens inverse l'édition d'actes administratifs n'est nullement une présomption en faveur du caractère de personne publique.

B. - LE CRITÈRE DE L'ACTE ADMINISTRATIF.

Une série d'arrêts forts clairs a subordonné la reconnaissance du caractère public d'un acte à deux conditions (45). Il faut que d'une part l'acte concerne la gestion d'un service public administratif et que d'autre part il manifeste l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Des doutes se sont élevés sur le caractère cumulatif ou alternatif des deux conditions. La lettre des derniers arrêts suggère en effet qu'une seule condition à la fois serait retenue.

La décision ministérielle chargeant une fédération syndicale de répartir le stock-outil entre les membres de la profession « a eu pour effet de faire participer la fédération dont il s'agit, laquelle constitue un organisme professionnel de droit privé, à l'application de la réglementation économique en la dotant d'un pouvoir de décision qui constitue une prérogative de puissance publique ». (CE 6 octobre 1961 précité).

Cette formule n'est nullement ambiguë : participer à l'application de la réglementation économique est implicitement mais nécessairement participer à la gestion d'un service public administratif. De même la péréquation des frais de transport du blé et du seigle est un acte de puissance publique.

Les deux conditions doivent donc être réunies mais elles sont suffisantes pour qu'un acte soit administratif.

Elles n'existent pas dans le cas où le service public est industriel ou commercial (TC 12 juin 1961 *sieur Rolland c/ S.N.C.F.* - A.J.D.A. 1961 - 633). L'organisation du service relève de la compétence judiciaire car elle concerne l'organisation d'une personne privée. Seule l'exécution même du service soulève des questions de droit public. La distinction est parfois délicate à opérer car un règlement d'organisation peut avoir trait à l'exercice des prérogatives conférées à l'organisme (46).

Le caractère public d'un acte ne dépend pas de sa nature intrinsèque mais d'une double concession de l'autorité publique. L'érection d'une activité en service public administratif et la concession de prérogatives exorbitantes du droit commun découlent toutes deux de décisions de la puissance publique, du législateur en particulier. C'est donc par détermination de la loi que des personnes privées peuvent prendre des actes administratifs et l'existence spontanée de pouvoirs de décision unila-

(45) C.E., 13 janvier 1961, *MAGNIER*, L. 33 précité.

C.E., 30 mars 1962, *Association Nationale de la Meunerie* L. 233.

C.E., 7 novembre 1962, *Caisse générale de la péréquation de la papeterie* L. 592.

C.E., 6 octobre 1961, *Fédération nationale des huileries métropolitaines* L. 544, A.J.D.A. 1961, 610-642 / chr

A contrario : C.E., 23 juin 1965, *Seta* 1966.343.

(46) Sur tous ces points, cf *AUBY* et *DRAGO*, *op. cit.*, n° 378 et sq.

térale n'est pas reconnue de façon générale ou du moins elle n'a pas pour effet de « publiciser » les actes qui la révèlent.

C. - LE CHAMP D'APPLICATION DU CRITÈRE.

La jurisprudence applique expressément ce critère aux actes des personnes privées stricto sensu, c'est-à-dire aux sociétés, associations et fondations régies par le droit privé (il n'est guère imaginable de conférer des prérogatives de puissance publique à des personnes physiques *intuitu personae*).

Elle l'applique également à toute une série de personnes dont la nature juridique reste ambiguë. La loi qui leur a conféré une mission de service public n'a jamais qualifié les comités d'organisation professionnelle ni les ordres professionnels. Il est possible de les considérer comme des personnes publiques innommées et inassimilables aux catégories classiques.

La jurisprudence leur a refusé la qualification d'établissements publics (bien que la doctrine tende à parler d'établissements publics professionnels). Elle « admet que les litiges concernant non l'exécution du service public mais son organisation relève de la compétence judiciaire. En d'autres termes, ces personnes innommées sont traitées à cet égard, comme des personnes privées » (47).

Il n'est donc pas tout à fait exact de dire que ce critère s'applique seulement aux personnes privées. Il s'étend en réalité à toutes les personnes, publiques ou privées, autres que les personnes publiques classiques. Alors que la distinction des personnes publiques et privées est assez floue, il est au contraire facile d'isoler les catégories classiques qui sont, outre l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics administratifs et les établissements publics industriels et commerciaux. Cette jurisprudence qui manque de rigueur logique permet ainsi d'éviter un nombre considérable de difficultés pratiques. Elle révèle en tout cas le vieillissement des théories classiques en la matière.

D. - LES CONSÉQUENCES SUR LE PLAN DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE.

Toute cette jurisprudence utilise uniquement la notion d'acte administratif et n'opère aucune distinction entre les actes particuliers et les actes réglementaires. Les premiers ne se différencient pas des seconds. Notamment, l'utilisation du procédé réglementaire n'est pas considérée comme constituant par elle-même une prérogative de puissance publique.

Il s'agit donc d'un critère très différent de celui qui est retenu pour les actes des personnes publiques traditionnelles. L'opposition est particulièrement manifeste dans deux arrêts

(47) *AUBY* et *DRAGO*, *op. cit.*, n° 379.

successifs qui portent sur des sujets presque identiques, le statut réglementaire du personnel de deux services publics. Selon le commissaire du gouvernement Ordonneau, un règlement de la R.T.F., « établissement public de l'Etat à caractère industriel et commercial » revêt un caractère administratif « ne serait-ce que parce que l'auteur de la décision attaquée est une autorité administrative » alors que le règlement de la S.N.C.F., société concessionnaire d'un service public industriel et commercial, reste privé « dès lors qu'il n'intéresse ni la concession ni le service public » (48).

Le deuxième critère entraîne des conséquences différentes de celles qu'entraînait le premier : actes particuliers et actes réglementaires ont exactement le même champ d'application et les actes d'application d'un règlement public ont nécessairement un régime de droit public.

D'autre part le caractère restrictif du critère choisi et la réticence que manifeste encore le législateur se conjuguent pour restreindre le nombre des concessions du pouvoir réglementaire à des organismes privés. Si l'on met à part les ordres professionnels qui sont plutôt une catégorie spéciale de personnes publiques, la plupart des autres organismes reçoivent plutôt le pouvoir de faire des travaux publics, de lever des taxes et de prendre des décisions particulières que d'édicter une réglementation.

Malgré de très larges exceptions, le pouvoir réglementaire tend à rester réservé à l'administration traditionnelle et la théorie jurisprudentielle relative aux nouveaux organismes qui lui sont associés ne corrige que partiellement cette tendance : en tout état de cause, son objet n'est pas de rendre compte de l'existence de pouvoirs réglementaires privés mais d'élargir la compétence des juridictions administratives à des hypothèses nouvelles de gestion des services publics.

Section IV. — Le caractère administratif du règlement.

Tous les actes juridiques unilatéraux, à portée générale et impersonnelle, soumis à un régime de droit public ne constituent pas pour autant des règlements administratifs. Une précision supplémentaire doit être introduite : les actes présentant ces caractères doivent en outre relever du droit administratif.

Cette condition découle des principes constitutionnels du droit français. Elle est relative à la place de ces actes par rapport à la théorie de la séparation des pouvoirs. Le pouvoir réglementaire ne prend sa véritable signification que par rapport au pouvoir législatif. Littéralement chacun d'eux n'existe que par

(48) C.E., 10 nov. 1961, Sieur Missa et association « les résistants de la RTF ». Conclusions Ordonneau, A.J.D.A. 1962.II.40 précité, TC 12 juin 1961 sieur ROLLAND c/ SNCF, A.J.D.A. 1961.II.633, Chr. précité.

opposition à l'autre. Mais les applications de la séparation des pouvoirs ne se limitent pas à ce seul point.

Une première règle n'entraîne guère de difficultés : un organe législatif ou juridictionnel ne peut en aucun cas prendre, en tant que tel, des décisions administratives dont l'édiction est réservée aux organes exécutifs. Mais la théorie ne s'est pas limitée à tirer les conséquences d'une distinction organique et formelle. Le droit français a ajouté au moins deux traits qui lui sont propres. D'une part l'interdiction des arrêts de règlement, d'autre part le sort spécial fait à certaines décisions formellement administratives mais qualifiées d'actes de gouvernement.

L'adjonction d'éléments matériels vient compléter le tableau. Il n'existe plus, de ce fait, une définition simple de l'acte administratif ; puisqu'il faut tenir compte de solutions impossibles à ramener à l'unité.

La Constitution de 1958 a malgré tout simplifié le problème théorique en renouvelant la définition de l'administration. Quant à la mise en œuvre de ces données, elle n'a guère donné lieu à de graves difficultés, sauf dans quelques cas litigieux, et elle ne semble pas appelée à connaître de prochains bouleversements.

§ 1. — La définition du régime administratif (49).

L'administration ne peut se définir de façon autonome mais seulement en partant des principes constitutionnels. De ce fait, la définition se réfère nécessairement à la notion de pouvoir exécutif qui est l'un des pouvoirs publics constitutionnels (l'abandon du terme en 1958 ne change pas grand chose sur ce point).

« Notre droit administratif s'est traditionnellement construit sur deux idées : l'administration n'est pas la seule tâche de l'exécutif ; mais l'administration est *exclusivement* la tâche de l'exécutif » (50).

L'administration se définit donc avant tout par un critère organique et formel. Elle est l'activité confiée au pouvoir exécutif c'est-à-dire actuellement au Président de la République, au gouvernement et aux organismes même privés qui leur sont rattachés.

La constitution confie au gouvernement et au président des tâches extra-administratives. Mais ces attributions constitutionnelles entraînent des activités qui dérogent au régime administratif qui constitue la norme générale. Ce sont des activités d'exception dont l'existence doit être expressément établie par la réunion de certaines conditions.

Quant aux trois fonctions de l'Etat, elle se définissaient assez

(49) Cf. VEDEL, *op. cit.* pp. 9-44

(50) *Ibidem.*, p. 17.

difficilement par combinaison des points de vue formel et matériel. En définitive la primauté du pouvoir législatif entraînait la définition des autres activités de l'Etat par rapport à lui (notion d'exécution des lois en particulier).

Cette solution disparaît en 1958 du fait que la loi se voit assigner un domaine réservé dont elle ne peut sortir (articles 34 et 37 notamment). La compétence réglementaire devient le droit commun et la compétence législative l'exception. La seconde ne peut plus servir comme par le passé à définir la première.

M. Vedel généralise cette observation, « l'activité réglementaire n'est qu'un cas particulier de l'activité administrative en général, de telle sorte que l'article 37 de la Constitution aboutit à conférer à l'activité administrative le caractère d'activité de droit commun par rapport à l'activité législative qui est d'exception » (51).

L'activité juridictionnelle ayant elle aussi un caractère d'exception, M. Vedel arrive à cette conclusion que « l'administration ne serait rien d'autre que l'activité étatique du droit commun. Le régime administratif serait le régime de droit commun de l'activité étatique... Plus brièvement, le droit administratif est le droit commun de la puissance publique » (52).

Cette conclusion que l'on peut tenir pour établie permet de déterminer le champ d'application effectif du régime administratif, il suffit pour cela de préciser l'étendue des diverses exceptions que le droit positif apporte au principe général.

§ 2. — L'étendue du régime administratif.

L'énumération de ces exceptions déborde largement le problème de l'étendue du pouvoir réglementaire mais elle peut être l'occasion de dégager leur incidence sur ce dernier. Un certain nombre de particularités propres aux actes généraux et impersonnels peuvent ainsi être relevées.

A. - LES ACTES LÉGISLATIFS.

Ils constituent la première et la plus importante des exceptions au principe du régime administratif car leur existence découle de la notion même de séparation des pouvoirs.

Ces actes au moyen desquels s'exerce le pouvoir législatif se définissent en principe par les critères organiques et formels que pose la constitution. Il suffit de noter à cet égard que la notion traditionnelle d'acte voté par le parlement selon la procédure législative ne suffit plus à rendre compte de la complication progressive du droit positif.

(51) *Op. cit.*, p. 41.

(52) *Op. cit.*, pp. 43-44.

Sous l'empire de la Constitution de 1958, le critère organique doit faire référence à deux auteurs au moins, le parlement et le peuple consulté par voie de référendum ; quant aux procédures mises en jeu, elles varient selon le contenu de la loi (loi organique, loi ordinaire, loi de finances...), selon les objectifs politiques (motion de censure, mise à l'écart du Sénat par l'intervention de la commission mixte paritaire)...

De plus, pendant les périodes de confusion de pouvoirs, le point de vue matériel intervient pour distinguer les actes législatifs et les actes administratifs. Toute une série d'actes émanant des rois, des empereurs, des chefs de gouvernement provisoire revêtent ainsi un caractère législatif.

L'utilisation du critère matériel aboutit à ce résultat que dans certains cas des autorités administratives peuvent prendre des actes à valeur législative. La Constitution de 1958 consacre quelques-unes de ces hypothèses : les décisions prises par le président de la République dans le domaine législatif en vertu de l'article 16 et peut-être, les ordonnances budgétaires prévues à l'art. 47 (53).

Il n'existe donc plus de définition simple de la loi mais il n'est pas très difficile de procéder à un recensement énumératif des actes qui ont force de loi. Leur régime juridique, sans être unifié, se différencie fortement de celui des actes administratifs (absence de contrôle contentieux notamment) (54).

B. - LES ACTES PARLEMENTAIRES.

Cette catégorie d'actes répond au souci de garantir l'indépendance du parlement contre les pressions éventuelles des autres pouvoirs publics et constitue, de ce fait, une application indirecte du principe de séparation des pouvoirs.

Les actes parlementaires sont les actes qui sans présenter le caractère d'actes législatifs émanent soit du parlement, soit d'une assemblée parlementaire, soit d'un organe intérieur aux assemblées. Cette catégorie ne présente pas d'autre unité que d'être soumise à un régime contentieux analogue.

La solution traditionnelle était l'exclusion de tout contrôle juridictionnel sur ces actes. Elle manifestait clairement la conception française de la souveraineté du parlement, mais appelait des réserves.

La loi organique du 17 novembre 1958 a écarté le principe de l'incompétence dans deux cas particuliers, le contentieux des

(53) Cf. *infra*, II^e partie, titre I.

(54) Cf. STILLMUNKES, *La Classification des actes ayant force de loi en droit public français*, R.D.P. 1964.261.

dommages causés par les services parlementaires et les litiges individuels relatifs aux agents de ces services.

On peut remarquer que dans cette dernière hypothèse le juge administratif ne doit pas contrôler par voie d'exception la légalité des règlements parlementaires (55). Si donc le régime des actes individuels tend à se rapprocher de celui des actes administratifs comparables, cette nouvelle orientation n'est même pas amorcée pour les actes généraux pour lesquels le principe conserve toute sa valeur (56) (56 bis).

C. - LES ACTES JURIDICTIONNELS.

1°) Les deux notions de juridiction et d'acte juridictionnel peuvent se définir simultanément bien qu'elles ne soient pas unies par un lien constant. La méthode suivie par le Conseil d'Etat autorise ce rapprochement.

Elle s'attache d'abord à la volonté du législateur qui est le plus souvent assez claire pour ne pas susciter de difficultés : constitue une juridiction, un organisme créé par une loi (sinon l'organisme individualisé, du moins la catégorie depuis 1958) et auquel le législateur a manifesté son intention, expresse ou non, de reconnaître cette nature. Dans ces hypothèses, il est facile de faire le départ entre activités juridictionnelles et non juridictionnelles et de reconnaître les organismes agissant en tant que juridictions même s'ils ont une autre nature. Appliquée au Conseil d'Etat, la loi permet de distinguer ses activités et ses formations contentieuses de ses activités et de ses formations administratives.

A défaut de volonté clairement exprimée du législateur, et indépendamment de toute considération doctrinale, la jurisprudence se fonde sur les caractères dominants du statut et de l'activité de l'organisme à définir. C'est précisément le caractère empirique et synthétique de cette méthode qui maintient un lien étroit entre juridiction et acte juridictionnel. Les critères retenus sont multiples, aussi bien organiques et formels que matériels, la jurisprudence récente s'attachant plus particulièrement à savoir si l'organisme a pour mission de trancher un litige selon des règles de droit.

Si cette volonté du législateur ou ce faisceau d'indices ne se rencontrent pas, le droit commun de la puissance publique s'applique : l'organisme et ses activités ont un caractère purement administratif.

(55) Cf. J.M. AUBY et DRAGO, *Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique* du 17 novembre 1958, A.J.D.A. 1959.J.101.

(56) Toutefois, mais dans un autre ordre d'idées, le Conseil Constitutionnel est obligatoirement appelé à juger de la constitutionnalité des règlements des Assemblées. La souveraineté du Parlement a vécu mais les actes parlementaires conservent leur régime original.

(56 bis) Le rapprochement des actes individuels apparaît dès le premier arrêt sur ce problème. C.E., 18 octobre 1961, GIRARD, A.J.D.A. 1962-58.

2°) Depuis la Révolution française, la séparation des autorités administratives entraîne une conséquence importante sur le plan du pouvoir réglementaire. Le droit public français interdit les arrêts de règlement pour des raisons politiques, en particulier à cause de l'hostilité du législateur révolutionnaire envers les parlements de l'ancien régime.

Autrement dit, il est impossible de prendre un acte général et impersonnel sous forme juridictionnelle et de lui attacher l'autorité de la chose jugée. Un tribunal ne peut trancher que des litiges particuliers et le pouvoir réglementaire, au sens matériel du terme, est strictement réservé aux autorités administratives.

Cette situation n'est pas une conséquence nécessaire du principe de séparation des pouvoirs. Elle n'est d'ailleurs pas exactement respectée, si l'on songe aux discussions doctrinales qu'a suscité la possibilité d'annuler erga omnes un acte administratif même réglementaire et de façon plus générale les hypothèses d'autorité absolue de la force jugée. Elle constitue malgré tout une règle fondamentale du droit public français.

Son respect est strictement assuré par une nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat. Si une juridiction prend irrégulièrement un arrêt de règlement, le recours n'est pas celui qu'est prévu contre les décisions juridictionnelles mais le recours pour excès de pouvoir, beaucoup plus ouvert et plus favorable dans la plupart des cas. La mesure est donc traitée comme un règlement administratif illégal. Sa portée générale la dénature et entraîne cette disqualification (CE 3 novembre 1961 - Association des Instituts spécialisés de l'Ouest. AJDA. 1962.515).

D. - LES ACTES DE GOUVERNEMENT

Le principe de séparation des pouvoirs ne se borne pas à exclure du champ d'application du régime administratif les fonctions mises en œuvre et les actes édictés par les autorités législatives et juridictionnelles. Il entraîne la soumission à un régime spécial des actes des autorités exécutives qui ne concernent pas l'exercice de la fonction administrative.

A l'heure actuelle, la doctrine et la jurisprudence tendent à assimiler cette catégorie d'actes à celle beaucoup plus ancienne et purement contentieuse d'actes de gouvernement. L'absence de critère montre bien qu'il s'agit d'une collection d'activités diverses dont l'unité réside seulement dans ce qu'elles dérogent au régime administratif notamment du point de vue contentieux.

Depuis que l'exercice du droit de grâce ne constitue plus un acte de gouvernement (CE 28 mars 1947 - Gombert L 138) la liste de ces actes ne comprend plus que les deux catégories d'actes que M. Vedel soustrayait à l'application du régime

administratif en utilisant d'autres argument. Il y a donc un accord de fait sur les limites de cette théorie.

La conduite des relations internationales fournit la première catégorie d'actes. L'exclusion du contrôle juridictionnel s'impose pour les accords internationaux, elle s'étend aux actes unilatéraux du gouvernement français pour assurer son indépendance et sa liberté d'action (57).

Elle est limitée par la théorie des actes détachables qui s'applique lorsqu'une espèce pose des problèmes qui ressortissent du droit interne et peuvent être intellectuellement détachées de la convention ou de l'acte régi par le droit international.

Malgré cette limite, une partie croissante du droit objectif échappe à la compétence du juge français. Toutefois il s'agit pour l'essentiel d'accords internationaux et les actes unilatéraux du gouvernement en matière internationale ont rarement une portée générale et impersonnelle.

La seconde catégorie d'actes émanant d'autorités administratives et soumis à un régime d'exception concernent les relations entre les pouvoirs publics. Traditionnellement elle recouvre les actes de l'exécutif par lequel ce dernier agit sur le législatif et ceux sur lesquels le Parlement est appelé à se prononcer (dissolution ou clôture dans un cas, dépôt d'un projet de loi ou promulgation des lois dans l'autre).

Cette théorie conçue en fonction de la tradition parlementaire mérite peut-être d'être élargie par l'inclusion des pouvoirs publics autres que le Parlement : Conseil Constitutionnel et corps électoral en particulier (58). De même les relations réciproques du Président de la République et du Gouvernement peuvent sortir de la sphère administrative (59).

De telles propositions permettraient sans doute de systématiser la jurisprudence actuelle sans beaucoup changer les solutions d'espèces.

Peu d'actes de gouvernement semblent avoir une portée réglementaire depuis que le Conseil d'Etat a accepté sa compétence à l'égard des actes réglementant l'organisation d'un scrutin (CE 19 octobre 1962 - Brocas. AJDA 1962.626). La plupart sont des actes individuels (nominations) ou s'intègrent dans une opération plus vaste comme le dépôt d'un projet de loi ou le recours au référendum. Une exception importante résulte de l'article 16 : La décision du Président de recourir à l'application de cet article constitue pour le moins un acte-condition général, et le Conseil d'Etat le considère bien comme un acte de gouvernement (CE 2 mars 1962 - Rubin de Servens. AJDA. 1962.224).

(57) La conduite des opérations militaires est soumise à un régime spécial d'irresponsabilité de l'Etat.

(58) Cf. J.T. *Le contrôle juridictionnel des actes préalables au référendum*, A.J.D.A., 1961-672.

(59) Cf. VEDEL, *op. cit.*, p. 98.

A l'heure actuelle, la discussion porte davantage sur le fondement des solutions adoptées que sur leur contenu précis. Le domaine des actes de gouvernement est relativement bien délimité et l'étendue de l'incompétence du juge est plus critiquée que le principe même d'un régime spécial. En tout état de cause, tout le monde s'accorde pour n'y voir qu'un régime dérogeant de façon exceptionnelle au régime administratif ordinaire (60).

Le champ d'application du régime administratif se détermine donc *a contrario*, par élimination successive des diverses exceptions qui lui sont apportées. Il n'est possible de parler d'acte réglementaire, au sens du droit positif qu'après avoir opéré cette sélection.

CONCLUSION

L'ensemble de ces développements montre bien que le règlement n'est pas susceptible d'une définition simple et claire. Son existence suppose la conjugaison de plusieurs critères que n'unit aucun lien logique dans la plupart des cas. Parler d'acte administratif unilatéral à portée générale et impersonnelle n'est faire qu'une première approximation.

Chaque élément de la définition se définit lui-même de façon indépendante des autres éléments ; le critère retenu est parfois propre au règlement et ne s'applique pas nécessairement à d'autres catégories d'actes.

Sous ces réserves, le règlement est un acte unilatéral à portée générale et impersonnelle émanant d'une autorité administrative ou d'une personne agissant en tant qu'autorité administrative et soumise à un régime de droit administratif.

Cette définition donne naissance à une catégorie présentant une certaine unité de nature et de régime malgré sa complexité. Mais il ne suffit pas de noter sa complexité qui résulte de la multiplicité des éléments utilisés. Il faut aussi signaler que ces éléments sont hétérogènes : certains peuvent être abstraitement définis (comme le caractère unilatéral ou le caractère impersonnel). D'autres n'existent qu'en relation avec d'autres parties du droit positif et supposent que l'on passe du plan de la logique à celui de l'expérience : la soumission au droit public et administratif est établie empiriquement et ne résulte nullement d'une qualité intrinsèque de l'acte.

A ce niveau, se produit une dissociation de la notion de règlement : il existe en réalité deux définitions distinctes des règlements car un des éléments les plus importants admet deux critères distincts applicables chacun dans son domaine propre.

(60) PUISOY Jacques : *pour une conception plus restrictive de la notion d'actes de gouvernement*, A.J.D.A., 1965.211.

Etat actuel de la jurisprudence de l'acte de gouvernement, J.C.P. 1965.I. 1939.

Le caractère administratif d'un règlement n'est pas reconnu de la même façon dans tous les cas : le critère est large et exclusivement organique en ce qui concerne les autorités administratives des personnes publiques classiques ; il est beaucoup plus restrictif et fait appel à des considérations de service public et de puissance publique pour les domaines nouveaux de l'action publique.

Cette juxtaposition montre les difficultés qu'éprouve la théorie classique, construite pour un Etat libéral, à s'adapter à l'élargissement contemporain des missions de l'Etat. Une définition qui tient compte de ces deux critères est condamnée à se priver de la plus grande part de son contenu réel.

La définition du règlement, en tant que tel, n'est possible qu'à un niveau d'abstraction qui lui ôte une grande part de son intérêt.

Le pouvoir réglementaire n'est autre que le pouvoir de prendre de tels actes. Il ne correspond à aucune fonction qui lui soit spécifique et n'entraîne aucune conséquence sur l'étendue des droits conférés à ses détenteurs : élément du pouvoir de décision dont dispose l'Administration, il ne présente pas d'unité intrinsèque.

Au surplus, le pouvoir réglementaire ne se manifeste pas seulement par l'édition d'actes unilatéraux mais il apparaît aussi dans des procédures essentiellement contractuelles ce qui ne peut manquer d'en assouplir encore, voire d'en altérer la nature.

CHAPITRE IV

LES ASPECTS REGLEMENTAIRES DES CONTRATS

Le caractère unilatéral de la décision administrative et le caractère multilatéral du contrat ont toujours été considérés comme établissant une opposition radicale entre les deux catégories d'actes.

Au XIX^e siècle, cette opposition coïncidait même avec la distinction du droit public et du droit privé. La décision administrative était le type de l'acte d'autorité qui permettait à la puissance publique d'imposer unilatéralement sa volonté ; le contrat était au contraire un acte de gestion qui ressortissait au droit privé parce qu'il reposait sur un accord de volonté comme les conventions entre particuliers.

L'adoption au début du XX^e siècle d'une nouvelle clause de répartition des compétences entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires vint atténuer l'opposition : la clause fondée sur le service public fit en effet apparaître la catégorie des contrats administratifs soumis à un régime de droit public et à la compétence du juge administratif (CE 4 mars 1910 - Thérond S. 1911.3.17 conclusions Pichat, note Hauriou).

Même dans l'hypothèse du contrat administratif, le régime de droit public ne suffit pas à combler le vide entre les deux catégories d'actes. Dans son essence, la décision reste l'acte qui s'impose sans contrepartie (seuls des motifs extrinsèques comme la rupture de l'égalité devant les charges publiques sont susceptibles d'entraîner une indemnisation) ; le contrat au contraire, même affranchi du respect des principes classiques d'immutabilité, d'égalité et de force obligatoire, reste fondamentalement conventionnel en ce qu'il prévoit une contrepartie aux prérogatives de l'administration (la théorie de l'équilibre financier en est le signe manifeste).

Le maintien d'une opposition de nature explique les profondes

différences que le droit positif établit entre les régimes juridiques. La plus importante est que le contrat ne s'insère pas dans la hiérarchie des actes juridiques et que « l'obligation subjective issue d'un contrat ne peut être assimilée à un élément de la légalité » (1).

La distinction théorique des deux catégories d'actes et des situations qu'il créent s'est durcie sur le plan des institutions juridiques en une séparation presque complète de leurs techniques administratives et contentieuses.

L'antinomie semble devoir être encore plus forte lorsque la décision administrative revêt un caractère réglementaire. Il s'y ajoute en effet l'opposition entre la règle de droit générale et impersonnelle que le règlement comporte par définition et la mesure particulière que le contrat a pour vocation d'établir.

Ce schéma rapide correspond à la généralité des cas mais non pas à tous. L'opposition n'a jamais été aussi absolue qu'il le suggère et surtout l'interpénétration se développe rapidement à l'époque contemporaine. L'apparition d'éléments réglementaires dans des situations contractuelles est pour une bonne part, liée aux transformations de la société et du pouvoir politique. Elle ne peut plus être considérée comme exceptionnelle et elle reçoit peu à peu une consécration juridique.

Le terme de contrat d'adhésion est bien connu de la doctrine civiliste. Il recouvre les hypothèses variées où un des cocontractants est plus puissant que son partenaire et parvient à lui imposer la conclusion du contrat aux conditions fixées par lui. En définitive, le cocontractant le plus faible adhère à un contrat préétabli qu'il ne peut discuter.

Il est intéressant de noter que cette situation d'inégalité peut être utilisée, et l'est effectivement, pour réglementer unilatéralement le contenu de certains contrats. Dans les grandes entreprises par exemple, le contrat de travail tend à devenir l'acte par lequel un employé se place dans une situation quasi-statutaire. On trouve dans des contrats de ce genre la source de certains pouvoirs réglementaires de fait. Bien que le droit ne les reconnaisse pas, ils n'en existent pas moins dans la réalité sociale.

Les contrats administratifs correspondent clairement à la reconnaissance de la supériorité de l'Administration sur ses cocontractants. Cette supériorité est reconnue comme légitime et nécessaire ; elle est organisée juridiquement. Une osmose se produit inévitablement entre le pouvoir de décision unilatérale et le procédé contractuel où l'Administration reçoit des prérogatives analogues. La doctrine et la jurisprudence ont admis de longue date que le pouvoir réglementaire pouvait s'exercer par voie contractuelle : c'est la théorie des clauses réglementaires de certains contrats administratifs.

En second lieu, le dirigisme des contrats fournit une seconde

(1) AUBY et DRAGO, *op cit.* III, n° 1256.

occasion de contact entre contrat et règlement. Il ne s'agit plus de l'inégalité entre les cocontractants mais de l'intervention d'un tiers, la puissance publique, dans les relations conventionnelles.

Cette direction des contrats est d'abord assurée par la loi et par des règlements ordinaires. Mais à l'heure actuelle on voit apparaître de nouvelles formules dont l'objet est de faciliter la réglementation par voie administrative. La convention-type par exemple réalise l'intégration du pouvoir réglementaire dans la technique contractuelle. La jurisprudence commence à peine à prendre en considération ce phénomène.

En troisième lieu, le passage d'une société fortement individualiste à une société organisée en groupes sociaux a amené la naissance et le développement d'un nouveau procédé d'élaboration du droit objectif. L'édiction unilatérale de la règle de droit s'efface dans de nombreux cas devant l'accord collectif réalisé par négociation entre les représentants des groupes sociaux. A l'inverse du cas précédent, le procédé contractuel est utilisé pour élaborer le contenu de la règle et le procédé réglementaire pour appliquer la règle à ses destinataires. Mais la jurisprudence ne reconnaît guère l'expression d'un pouvoir réglementaire dans la convention collective.

Section I. — Les clauses réglementaires des contrats (2)

La jurisprudence n'a pas pris en considération la supériorité de fait de l'Administration sur la plupart de ses cocontractants pour reconnaître un caractère réglementaire à certaines des prérogatives qui lui sont reconnues dans les contrats administratifs.

L'existence de clauses réglementaires dans certains contrats administratifs résulte non d'une innovation révolutionnaire mais d'une meilleure compréhension des prolongements de la théorie classique.

Le mode d'élaboration des clauses du contrat n'influe pas en tant que tel sur leur nature : les clauses préétablies par l'autorité administrative, comme les cahiers des clauses et conditions générales applicables aux marchés de travaux publics, réalisent en fait une véritable réglementation. Elles s'incorporent dans le contrat particulier dont elles sont partie intégrante et prennent une nature contractuelle au même titre que les clauses particulières discutées entre les contractants. Toute distinction s'efface donc après la conclusion du contrat.

Cette solution a paru insoutenable dans les cas où l'objet même du contrat semble échapper au domaine contractuel et relever de la compétence unilatérale et exclusive de l'Administration. Au début du XX^e siècle, la théorie du service public a servi de fondement à de nombreuses solutions jurisprudentielles. Elle

(2) Cf. de LAUEADERE, *Traité... des contrats administratifs*, tome I, p. 364 et sq.

explique le sort particulier fait à la concession de service public, seul contrat où soit reconnue l'existence de clauses réglementaires en raison de ses liens avec le service public.

Après avoir analysé la nature de l'acte de concession, il sera possible de dégager les conséquences qui résultent de la présence de clauses réglementaires dans un contrat mais aussi la signification de ce procédé du point de vue du pouvoir réglementaire.

§ 1. — La nature juridique de l'acte de concession

La théorie de la nature intégralement contractuelle de la concession n'est actuellement plus soutenue par personne. Elle faisait appel à des idées civilistes comme celle de stipulation pour autrui (l'administration stipulant avec le concessionnaire des droits au profit des usagers). Elle correspondait aux premiers balbutiements de la théorie des contrats administratifs qui se dégageait encore mal de celle du code civil.

L'école du service public l'a soumise à une critique décisive dont elle ne s'est pas relevée et qui a constitué un progrès important du droit administratif. C'est l'idée que l'organisation et le fonctionnement des services publics relève par nature de la compétence unilatérale et exclusive des pouvoirs publics.

L'insertion dans un acte contractuel des règles d'organisation et de fonctionnement d'un service concédé ne doit pas porter atteinte à cette responsabilité fondamentale de l'autorité publique. Il est donc impossible de considérer la concession de service public comme un contrat administratif de type ordinaire.

Certains auteurs ont poussé la thèse à la limite, en niant presque complètement le caractère contractuel de la concession. C'est notamment l'attitude de M. Laroque : « Si donc l'accord de volonté inclus dans l'acte de concession produit des effets juridiques aussi exceptionnels que la naissance de règlements opposables aux tiers, cela ne peut tenir qu'à la présence dans l'accord d'une autorité administrative intervenant dans un but d'intérêt général. De là à dire que les prescriptions réglementaires émanent unilatéralement de cette autorité, il n'y a qu'un pas, et il paraît d'autant plus nécessaire de le franchir que l'on voit mal comment des règlements nés d'une convention pourraient être modifiés sans l'accord des volontés qui ont concouru à le faire naître » (3).

Cette thèse est manifestement outrancière : le droit pour l'administration de modifier la réglementation du service n'est pas aussi absolu qu'on veut bien le croire. Il doit tenir compte de l'équilibre financier du contrat et ne pas réaliser un « bouleversement du contrat, de l'état de choses en considération duquel le cocontractant a accepté le contrat ». Il demeure donc une

(3) LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels en droit français*. Thèse Paris 1933, pp. 26-27.

différence irréductible avec le règlement de régie, pur et simple. Le pouvoir réglementaire demeure disponible pour adapter le service aux besoins mais il ne s'exerce pas sans contreparties relativement onéreuses comme l'indemnisation du concessionnaire ou la résiliation anticipée du contrat.

Il faut donc reconnaître que la concession de service public combine le procédé contractuel avec le procédé réglementaire de façon indissociable et que cette combinaison ne peut se réduire à l'opposition entre le fond et la forme de l'acte.

Ce principe étant admis, deux théories peuvent expliquer la nature juridique de l'acte de concession. La première est celle de la double nature : chaque clause serait à la fois contractuelle dans les relations entre concédant et concessionnaire et réglementaire vis-à-vis des tiers et des usagers. Cette théorie est exposée pour la première fois dans les conclusions du commissaire du gouvernement Blum sous l'arrêt du 11 mars 1910 Compagnie française des tramways (L. 223). Elle semble inspirer les solutions jurisprudentielles mais elle est vivement critiquée par la doctrine qui la trouve trop subtile et trop complexe. La subtilité est certaine car « il est difficile de concevoir que le même acte ait une nature différente suivant les personnes auxquelles il s'applique » (4). La complexité est moins évidente car cette théorie permet d'éviter les difficultés de discrimination entre les clauses qu'implique la théorie de l'acte mixte.

La théorie la plus fréquemment admise en doctrine donne en effet « une nature composite » (5) à l'acte de concession. Elle repose sur l'analyse de la nature des clauses elles-mêmes. « L'idée directrice » est qu'on a « une nature réglementaire toutes les clauses concernant l'organisation et le fonctionnement du service public ; ont une nature contractuelle les clauses qui concernent exclusivement les avantages financiers ou autres consentis par le concédant au concessionnaire ; ces dernières clauses d'une part n'intéressent en rien le public, d'autre part ne touchent même pas aux règles et conditions de fonctionnement de service » (5).

Il se pose alors un problème de discrimination entre les clauses. Le critère proposé par Duguit qui repose sur une comparaison avec le règlement de régie n'est pas toujours suffisant. En particulier il n'y a pas de raison décisive pour classer le tarif des redevances parmi les clauses contractuelles (avantage financier pour le concessionnaire) ou parmi les clauses réglementaires (règle de fonctionnement du service qui touche directement le public).

Quelle que soit la solution de principe adoptée, il ne fait pas de doute que la concession réalise une combinaison très intime

(4) DE LAUBADERE, *op. cit.*, p. 373.

(5) *Ibidem.*, p. 378.

du procédé contractuel et du procédé réglementaire ; ce qui entraîne un régime juridique assez original.

§ 2. — Le régime juridique de l'acte de concession

Les conséquences qu'entraîne la nature juridique complexe de l'acte de concession peuvent s'analyser sur deux plans distincts : le régime contentieux de la concession est beaucoup plus proche de celui du règlement que le régime juridique *stricto sensu*.

1°) La jurisprudence a reconnu le caractère réglementaire de certaines clauses en admettant un moyen tiré de la violation du cahier des charges d'une concession par une décision préfectorale : c'est le célèbre arrêt du 21 décembre 1906, syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey - Tivoli (L 961). Le juge utilise le caractère réglementaire de la concession pour la soumettre à un contrôle contentieux de légalité mais il manifeste beaucoup moins le souci d'en soumettre le contenu au régime de droit commun des règlements administratifs.

En fait, la nature réglementaire de certaines clauses permet aux tiers d'en discuter la légalité devant le juge de l'excès de pouvoir puisqu'ils ne peuvent saisir le juge du contrat. Les tiers et plus particulièrement les usagers reçoivent ainsi une voie de droit pour obtenir que le concessionnaire fasse fonctionner correctement le service : soit qu'ils fassent annuler le refus de l'autorité concédante d'obliger le concessionnaire à respecter les clauses de la concession soit qu'ils se fassent indemniser par la personne publique concédante du préjudice que leur cause la carence à faire respecter ces clauses (CE 7 novembre 1958 - Société « Electricité et eaux de Madagascar » et territoire de Madagascar c/ Nicola. L. 530 conclusions Heumann).

Les tiers se trouvent bien dans une situation statutaire et réglementaire au regard du service public concédé. Cette possibilité d'engager des recours devant le juge administratif ne résulte pas de l'existence d'un lien juridique direct avec le service : la leçon de l'arrêt Croix-de-Seguey - Tivoli est que « c'est... non l'usage mais la vocation à l'usage du service public industriel qui confère qualité pour déférer au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes intéressant l'organisation et le fonctionnement du service » (6). La solution serait la même pour d'autres catégories de tiers comme ceux qui sont ou ont vocation à devenir agents du service. La situation étant de nature réglementaire, toute personne remplissant les conditions requises peut en réclamer le bénéfice (7).

(6) LAROQUE, *op. cit.*, p. 65.

(7) Il serait évidemment paradoxal d'exiger du doyen DUGUIT qu'il agisse en tant qu'usager d'une ligne de tramways dont précisément il réclame le rétablissement.

Les discussions de principe sur la nature de la concession n'ont d'ailleurs pas de conséquences pratiques sur la situation des tiers. Dans la théorie de l'acte mixte, « alors que les clauses contractuelles, en raison de la relativité des effets des contrats, ne peuvent être ni invoquées par les usagers, qui sont des tiers au contrat, ni leur être opposées, les clauses réglementaires jouent, à leur profit ou à leur détriment, exactement le rôle d'un règlement » (8). Dans la théorie de la double nature le même résultat serait obtenu grâce à la notion contentieuse d'intérêt du requérant.

2°) La théorie du caractère réglementaire de la concession entraîne donc d'importantes conséquences sur le plan contentieux. Il influe beaucoup moins sur les autres éléments du régime juridique.

Elle précise toutefois la situation de l'usager au regard du service : le concessionnaire n'a pas le droit, par un accord particulier conclu avec un usager, de déroger aux règles générales du service fixées par le cahier des charges. (CE 5 mai 1943. Compagnie Générale des Eaux. DC 1944. Jp. 121, conclusions Odent). Cette solution de principe, susceptible d'assouplissements en pratique, résulte directement du caractère statutaire de la situation de l'usager. Elle peut de la même façon être appliquée au personnel du concessionnaire s'il existe des clauses réglementaires le concernant.

Par contre les autres effets sont beaucoup plus ténus. Les conditions de mise en œuvre des clauses de la concession ne présentent guère un aspect réglementaire.

Bien entendu, la création du service se fait nécessairement par une décision administrative dont les règles de fond sont purement administratives (ainsi la légalité de l'existence d'un service pose une question préjudicielle devant le juge judiciaire et elle est appréciée de la même façon par le juge administratif qu'il s'agisse d'une régie ou d'une concession. (Cf. Trib. Civ. Châlons-sur-Marne 3 juin 1949. G.P. 1949.II.233).

Par contre, les règles d'organisation et de fonctionnement du service sont profondément affectées par le caractère contractuel de la concession. Il suffit de rappeler les conclusions auxquelles parvient M. de Laubadère, dans son traité, pour s'en convaincre.

« La théorie du pouvoir de modification est, à notre avis, la même dans la concession que dans tous les contrats administratifs : sont modifiables les seules clauses qui intéressent le service public et son fonctionnement. Il se trouve que ces clauses sont en fait les clauses réglementaires ; mais cette nature réglementaire fournit seulement au pouvoir de modification un fondement en quelque sorte supplémentaire ».

« Mais cette correspondance n'est pas absolue et dans la mesure où elle cesse de jouer, il apparaît bien que le véritable

(8) DE LAUBADERE, *op. cit.*, n° 422.

fondement du caractère modifiable ou non des clauses intéressées ne se trouve pas dans leur nature contractuelle ou réglementaire mais dans leur objet étranger au service ou lié au service » (9).

Ainsi la durée de la concession serait une clause contractuelle modifiable unilatéralement et le tarif des redevances serait une clause réglementaire immuable. Quelle que soit l'étendue du pouvoir de modification unilatérale de la concession par l'Administration, elle n'est pas liée à la nature des clauses.

De même, le pouvoir de résiliation unilatérale se rattache à la théorie générale des contrats administratifs et nullement à celle de l'abrogation des règlements administratifs : le procédé du rachat dans le premier cas s'oppose à l'absence de droit au maintien d'un règlement dans le second.

La jurisprudence a établi un équilibre assez harmonieux entre deux exigences contradictoires : la qualité de service public de l'activité concédée entraîne l'octroi de prérogatives étendues à l'administration ; la qualité de personne privée du concessionnaire suppose des contreparties à ces prérogatives, notamment le droit à l'équilibre financier. Le simple fait de parler d'équilibre montre à quel point le procédé de la concession s'éloigne du pouvoir réglementaire qui s'impose unilatéralement et sans contrepartie.

§ 3. — La place du pouvoir réglementaire dans la concession de service public

Au total, le rôle du procédé réglementaire paraît se borner à expliquer la situation de l'usager, et du tiers en général, vis-à-vis du service public. Quel que soit le mode de gestion utilisé, l'usager se trouve dans une situation comparable, d'essence réglementaire en vertu du principe d'égalité devant les services publics. L'analyse réglementaire de la concession permet d'en déduire quelques conséquences pratiques.

Cette analyse reste malgré tout extrêmement limitée. Les services publics concédés sont des services à caractère industriel et commercial. Les relations qu'ils entretiennent avec les usagers sont régies essentiellement par le droit privé et la jurisprudence reste fidèle à une analyse purement contractuelle de ces relations. Cette tendance ne peut qu'être renforcée par la création récente d'un bloc de compétence en faveur de la juridiction judiciaire en matière de contrats avec les usagers des services publics industriels et commerciaux. Les relations entre concessionnaire et usagers ne peuvent donc faire une grande place au procédé réglementaire.

Mais il ne s'agit que d'une apparence : bien qu'elles ne s'appliquent qu'à travers des contrats individuels, les dimensions réglementaires s'imposent aux usagers comme des actes unila-

téraux : une modification intervenue en cours de concession, par exemple un changement de tarif, s'applique aux polices en cours. (Cass. req. 4 mai 1921. D. 1922.I.41).

Le caractère réglementaire de la concession est beaucoup plus limité s'il est envisagé au point de vue de l'autorité publique concédante. Sans doute l'organisation et le fonctionnement d'un service public est par nature une matière réglementaire. On peut reprendre les arguments déjà évoqués et relatifs au phénomène d'institutionnalisation du pouvoir (10). Même contenu dans un contrat, une mesure d'organisation reste générale, permanente, impersonnelle, c'est-à-dire réglementaire.

Les tribunaux judiciaires ont donc tort de refuser d'interpréter le cahier des charges d'une concession. Cette jurisprudence était constante avant guerre (Cass. 27 novembre 1929. *Veuve Vasseur c/ Société d'éclairage et d'énergie « La Bétunoise »* S. 1930.I.90). Elle est plus incertaine depuis lors (TC 20 mars 1943. S. 1945.I.8. *contre* Cass., req. 25 juin 1941. S. 1941.I.157). Elle signifie le refus d'étendre aux contrats de concession la jurisprudence Septfonés valable pour les seuls règlements. Fondée sur une importance exagérée accordée à la forme, elle aboutit à compliquer inutilement le contentieux. Il serait souhaitable que les tribunaux judiciaires acceptent la jurisprudence administrative et les conceptions doctrinales : c'est seulement en sa qualité de règlement du service que le cahier des charges est applicable aux tiers.

Mais au niveau du régime juridique, l'intégration dans un acte contractuel entraîne une véritable dénaturation du pouvoir réglementaire.

L'exercice par l'autorité concédante de ses prérogatives est soumise à des conditions sans rapport avec celles qui régissent normalement la mise en œuvre du pouvoir réglementaire. Il peut y avoir exceptionnellement des solutions communes mais le principe même d'une identité de régime est écarté : dans les relations entre concédant et concessionnaire, la jurisprudence fait prédominer l'aspect contractuel de la concession, altéré par les exigences du service public et non par celle du pouvoir de décision de l'administration.

L'existence de clauses réglementaires dans les concessions de service public est donc liée à des considérations de service public : elle tient à des raisons fonctionnelles beaucoup plus qu'à la nature matérielle des clauses. Autrement dit, elle ne résulte pas directement de la notion même de règlement et de pouvoir réglementaire ; elle se borne à se rattacher à une de leurs fonctions possibles.

Dans cette perspective, la théorie des clauses réglementaires des contrats ne peut s'étendre beaucoup. Elle s'applique traditionnellement aux concessions de service public *stricto sensu*.

(9) DE LAUBADERE, *op. cit.*, pp. 359 et sq.

(10) Cf. *supra*, chapitre précédent.

Une décision récente du Conseil d'Etat, l'arrêt du 11 décembre 1963, Syndicat de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande (AJDA 1964.238), a semblé en élargir le domaine d'application. Le Conseil a en effet admis à l'appui d'un recours contre une décision ministérielle, un moyen tiré de la violation du cahier des charges d'une concession d'aménagement d'un barrage hydroélectrique. Mais le lien avec le service est expressément affirmé, ce qui fait que l'on ne sort pas du cadre de la théorie (le Conseil précise que l'E.D.F. a agi en tant que concessionnaire de service public) (11).

Ce n'est donc pas au sein même du contrat que l'on peut espérer voir se développer le procédé réglementaire. Mais une jurisprudence plus récente s'attache aux conditions d'élaboration des contrats et y découvre d'utilisation croissante de ce procédé.

Section II. — Les contrats types

Au lieu d'analyser la nature du cahier des charges de telle concession de service public, on peut également observer que dans la majeure partie des cas, cet élément de la concession « préexiste à la concession et il est permis de se demander si, dès avant l'intervention de cette dernière, il n'a pas une valeur juridique » (12).

On ne peut pas ne pas remarquer le particularisme qui préside à l'élaboration des clauses des contrats administratifs. La rédaction en est le plus souvent unilatérale et préalable à la conclusion du contrat. Bien plus, elle est faite par voie de dispositions générales et impersonnelles, c'est-à-dire qu'elle présente des traits matériellement réglementaires.

Cette situation de fait n'est pas propre aux concessions de service public. Elle se retrouve dans de nombreux autres contrats passés par l'administration, notamment les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures pour lesquels chaque ministère a établi un cahier des clauses et conditions générales.

Son étude a connu un regain d'intérêt lorsque le procédé du contrat-type, qu'il serait plus heureux de qualifier de formule-type de contrat a été utilisé dans de nouvelles hypothèses. Elaboré par un des cocontractants, il pouvait être assimilé sans trop de difficultés à un simple contrat d'adhésion. Elaboré par une autorité non contractante pour régir les relations entre des per-

(11) A noter cependant que la même théorie joue pour les cahiers des charges des lotissements. Le caractère réglementaire des clauses découle alors de leur fonction de police de la construction.

C.E., 7 octobre 1964, Nickel et C.E., 8 janvier 1965, Ministre de la construction c/ Micoud, A.J.D.A. 1965.479, note Liet-Veaux, J.C.P. 1965.II.14090.

C.E., 25 mars 1966, Bezieu et Ministre de la construction, L 244

(12) LAROQUE : thèse précitée, p. 20.

sonnes qui n'en sont pas les auteurs, il prend une toute autre signification.

Or, le procédé s'est beaucoup développé à l'époque contemporaine. Il a été utilisé par l'autorité de tutelle pour limiter la liberté d'action des autorités subordonnées. Il s'étend même aux relations entre personnes privées. A ce stade, il s'agit d'un véritable « dirigisme des contrats ».

Il existe donc toute une gamme d'hypothèses entre l'offre de contracter pure et simple et la réglementation non moins classique. Elles ne peuvent peut-être pas être ramenées à l'unité mais les transitions insensibles qui se manifestent entre chacune d'elles obligent à débiter par un examen global.

Il s'agit en effet d'un domaine assez mouvant sur le plan juridique. L'administration a tendu à utiliser les possibilités qui lui étaient offertes pour accroître ses prérogatives, au besoin en détournant certains instruments juridiques de leur objectif initial. Une analyse purement formelle serait donc tout à fait insuffisante (13).

L'interprétation juridique suit l'évolution de la pratique avec un certain retard. Elle semble, à l'heure actuelle, se modifier assez sensiblement dans le sens d'une reconnaissance plus large du procédé réglementaire. Mais la jurisprudence est loin d'être fixée sur des formules stables.

Une distinction peut être faite pour clarifier le problème dès le départ. La conclusion du contrat contenant les dispositions dont la nature est controversée modifie la situation juridique. Sous réserve de l'application d'autres théories, l'ensemble de l'acte devient contractuel. Le problème du caractère réglementaire des contrats-types ne se pose donc qu'avant la conclusion du contrat. Mais les deux situations doivent être rapprochées pour dégager des effets juridiques découlant de l'incorporation d'un règlement dans un contrat.

§ 1. — Le caractère réglementaire des contrats-types

L'analyse juridique classique repose sur l'idée que les modes d'élaboration des clauses d'un contrat n'influent nullement sur sa nature. Le libre accord de volonté suffit à conférer un caractère contractuel à un acte. Toutes les phases préparatoires à cet accord doivent se situer et prendre leur sens par rapport à lui. La jurisprudence classique tend donc à nier le caractère réglementaire des contrats-types.

(13) Il est bien connu que le Conseil d'Etat refuse depuis longtemps la reconnaissance d'utilité publique aux associations dont les statuts ne sont pas conformes aux statuts-types élaborés par lui. Le Conseil exerce ainsi un véritable pouvoir réglementaire de fait en utilisant un pouvoir de décision individuelle. Mais ces statuts-types n'ont aucune existence légale et ne peuvent être assimilés juridiquement à des règlements (le Conseil n'est nullement lié par leurs clauses).

Mais cette analyse ne parvient pas à tout expliquer. Elle entre en contradiction avec un certain nombre de conséquences positives liées à l'existence du contrat-type. Elle ne rend plus compte d'un certain nombre d'hypothèses qui révèlent l'existence d'un véritable pouvoir réglementaire.

C'est pourquoi la jurisprudence actuelle s'oriente de plus en plus vers la reconnaissance du caractère réglementaire de nombreux contrats imposés. Elle le reconnaît assez largement lorsque l'autorité réglementaire est un tiers par rapport aux contractants. Elle est beaucoup plus réticente lorsque l'administration contractante elle-même impose son modèle de contrat.

A. - LA CONCEPTION CLASSIQUE DES CONTRATS-TYPES

La conception classique est remarquablement bien exprimée par M. de Laubadère dans son traité sur les contrats administratifs (14).

La procédure formelle d'élaboration des cahiers des clauses administratives générales ou des cahiers des charges-types n'a pas d'importance : ces cahiers sont rédigés par chaque administration et déclarés applicables le plus souvent par arrêté ministériel : ils n'en deviennent pas pour autant des décisions administratives exécutoires ; non plus que les circulaires et instructions complémentaires qui leur sont incorporées.

Il s'agit en effet de « modèles de stipulations qui n'acquiescent force juridique vis-à-vis du cocontractant que lorsqu'elles ont été adoptées dans le contrat » (p. 354). Autrement dit, avant la conclusion du contrat, ce ne sont que de « simples modèles de stipulations contractuelles » (p. 354) (15).

La jurisprudence reste donc fidèle à l'analyse contractuelle. Le contrat n'est pas un « acte-condition attributif d'une situation juridique générale, réglementaire » (p. 346). L'élaboration unilatérale en fait seulement un contrat d'adhésion, le cahier-type est un modèle de contrat, le cahier propre à un contrat mais élaboré préalablement à sa conclusion est une offre de contracter (CE 21 mars 1890. Chambre syndicale des entrepreneurs de la ville de Paris. L. 317. Conclusions Levavasseur de Précourt).

Cette jurisprudence est solidement fondée sur le plan doctrinal. Sa cohérence vient de ce qu'elle se réfère à la théorie civiliste classique. Elle est malheureusement en désaccord avec la pratique et la rupture se marque dans certaines hypothèses.

(14) Cf. notamment : les modes de conclusion des contrats administratifs. L'élaboration des clauses du contrat, tome I, pp. 345 et sq.

(15) Il faut mettre à part bien entendu les clauses relatives à la conclusion du contrat qui ont elles, une nature réglementaire : elles règlent les conditions de passation des contrats mais n'en font pas partie ; elles ont donc une valeur juridique propre et antérieure au contrat. Leur insertion dans le même document que les autres clauses est purement fortuite et sans conséquence juridique.

B. - LA VALEUR JURIDIQUE DES CLAUSES-TYPES

Limiter la valeur juridique de ces clauses-types à celle de simples modèles peut tout d'abord paraître discutable.

Bien sûr, les cahiers des prescriptions spéciales des marchés de travaux publics ou les cahiers des charges particuliers des concessions peuvent déroger aux dispositions générales qui seraient normalement applicables. Des stipulations particulières sont toujours possibles et il est certain que les documents généraux ne s'appliquent que par référence expresse.

Mais de ce qu'ils n'ont pas un caractère obligatoire, il ne s'en suit pas qu'ils n'ont aucune valeur juridique. Deux hypothèses peuvent être distinguées à cet égard.

M. de Laubadère lui-même admet que ces documents ont une valeur réglementaire vis-à-vis de l'administration : « Avant la conclusion de la concession, le cahier des charges-type, comme le cahier des clauses et conditions générales, n'a force juridique que vis-à-vis des agents de l'administration en ce sens que ceux-ci sont obligés de l'adopter comme base de la rédaction du cahier des charges particuliers ; il présente ainsi à l'égard de l'administration un caractère réglementaire » (p. 368).

Mais il est difficile de reconnaître une nature différente à un même acte selon les personnes auxquelles il s'applique et d'écarter l'argumentation de M. Laroque : « Dans tous les cas, le cahier des charges présente la même force obligatoire pour les agents de la collectivité et l'on ne saurait y voir une simple instruction d'ordre intérieur, car il fait d'ores et déjà grief aux tiers ne serait-ce qu'aux concessionnaires éventuels et aux usagers du service à concéder » (16).

Les notions contentieuses d'acte faisant grief et d'intérêt pour agir peuvent trouver ici une application tout à fait justifiée. Leur souplesse leur permet en effet de rendre compte de la réalité administrative où ces documents uniformisent l'action sans prendre la rigidité d'une réglementation ordinaire.

Sans constituer des décisions exécutoires, ils ont donc une force juridique qui dépasse celle d'un simple modèle : ils s'appliquent obligatoirement aux contrats particuliers, en vertu d'une clause de style, sous la seule réserve que le ministre lui-même, c'est-à-dire leur auteur, et non une autorité administrative subordonnée, n'y apporte pas des dérogations expresses. Les cocontractants peuvent donc en écarter l'application mais au prix d'une procédure qui peut être sensiblement plus lourde que la procédure ordinaire. Le contrat-type est donc plus qu'un simple modèle, il est même plus qu'une disposition purement interprétative et supplétive.

Son caractère impératif dépend en dernière analyse de la

(16) M. LAROQUE, *op. cit.*, p. 22.

volonté et de l'autorité de l'administration d'en faire adopter les clauses au cours des négociations. Mieux qu'un simple règlement, le contrat-type sauvegarde le pouvoir discrétionnaire de l'administration. La pratique peut s'infléchir aussi bien vers l'adaptation aux situations particulières que vers l'uniformisation des procédures.

La prise de conscience par l'administration des avantages de ce procédé en a développé l'usage. Sa simplicité mérite aussi d'être signalée. Alors qu'un règlement ordinaire fournit un document général et abstrait qu'il faut adapter dans chaque cas particulier, avec toutes les possibilités de distorsion que cela comporte, le contrat-type « offre un modèle déjà prêt qu'il suffit de reproduire et de signer. C'est le règlement le plus facile à observer ; l'un des plus efficaces pour diriger les contrats » (17).

C'est donc pour l'administration un instrument de choix afin de réglementer de la façon la plus efficace possible certaines activités que l'on juge ne pouvoir laisser entièrement libres.

Elle a d'abord utilisé dans ce sens les moyens dont elle disposait. Les cahiers des charges passés avec le concessionnaire de service public lui permettaient de réglementer les relations entre ce dernier et son personnel ou les usagers du service.

Mais surtout les formules de contrat-type où l'administration est un tiers par rapport aux cocontractants se sont multipliées. A ce moment-là, la rupture avec la notion classique de contrat-type est flagrante.

Elles sont d'abord apparues comme une rationalisation des procédés de tutelle et de contrôle administratif.

Parmi les décisions prises par les collectivités locales qui sont traditionnellement soumises à une approbation de l'autorité supérieure figurent la création et l'organisation de services publics. Pour simplifier l'exercice de cette tutelle sans en limiter l'efficacité, l'ordonnance du 24 février 1945 a eu recours à la formule du contrat-type : le ministre de l'intérieur établit, après avis du conseil national des services publics départementaux et communaux, un cahier des charges type applicable aux concessions des services publics locaux.

Si la collectivité locale accepte cette formule, le contrôle du ministre ne portera que sur l'opportunité de créer le service et non sur son mode d'organisation. Si la collectivité locale entend déroger sur certains points à cette formule il lui faudra obtenir une approbation par décret en Conseil d'Etat (18). La possibilité d'adaptations particulières n'est donc pas exclue mais la liberté d'action de la collectivité locale est fort restreinte. L'uniformi-

(17) J. LEAUTE, *Les contrats-types*. Revue trimestrielle de Droit Civil, 1953-429.

(18) Depuis une ordonnance du 11 octobre 1958, si la concession est d'une durée inférieure à trente ans, la dérogation peut être autorisée par arrêté interministériel.

sation recherchée est obtenue sans entraîner nécessairement la rigidité d'une disposition impérative et sans surcharger de tâches mineures l'autorité centrale.

La procédure du contrat-type est donc couramment employée pour contrôler l'action de collectivités décentralisées. Les cahiers des charges-types des concessions de distribution de l'électricité et du gaz sont établies par décret (par R.A.P. selon la loi du 8 avril 1946 dont on peut se demander si elle est toujours en vigueur après la loi du 17 août 1948 et la constitution de 1958). D'autres catégories de contrats sont soumis à des réglementations analogues (19).

Parmi les innovations les plus récentes, figure l'établissement d'une convention-type dont les clauses doivent régir les conventions conclues entre les caisses de sécurité sociale et les syndicats de médecins-praticiens en matière de remboursement des honoraires médicaux. La force d'incitation de cette convention-type vient que ce qu'à défaut d'accord, les tarifs d'honoraires sont fixés par voie d'autorité ou par des conventions individuelles et à des taux bien inférieurs à ceux admis par la convention-type (décret du 12 mai 1950, art. 2).

L'administration centrale va au-delà de ses pouvoirs en matière de tutelle lorsqu'elle réglemente les conventions à intervenir entre des personnes privées qui ne concernent nullement des activités de service public. Il s'agit d'un nouveau moyen utilisé dans un but de police des activités privées.

Cette tendance mérite d'être soulignée car traditionnellement seule la loi peut porter directement atteinte à l'autonomie des volontés qui préside à la formation des contrats privés. Depuis 1958, la compétence du législateur est restreinte « aux principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels, des obligations civiles et commerciales » (art. 34 de la Constitution). Mais le principe de la liberté contractuelle subsiste sauf dans les secteurs où la loi a établi un régime dirigiste.

En réalité, force est de constater un glissement constant du pouvoir législatif au pouvoir exécutif et un développement de la réglementation administrative. Le recours au contrat-type s'inscrit dans cette ligne générale de direction par l'administration des contrats civils ou commerciaux que les particuliers concluent entre eux.

Le besoin d'uniformisation correspond aux exigences de l'économie et du commerce contemporain et la formule du contrat-type a l'avantage de faire droit au besoin complémentaire de

(19) Le procédé ne se limite d'ailleurs pas aux actes contractuels. Puisque il a essentiellement un but de contrôle, il n'existe aucune raison de ne pas l'étendre à d'autres catégories d'actes : il existe ainsi des règlements-types pour les services publics industriels et commerciaux que les collectivités locales exploitent en régie.

Si l'esprit est le même, les problèmes juridiques posés sont quelque peu différents. Cf. *infra*.

souplesse. Elle concilie ces deux besoins en utilisant systématiquement une distinction qu'elle reprend d'ailleurs de la théorie civiliste la plus classique. Il s'agit de la distinction entre les clauses obligatoires et les clauses facultatives dont le rôle est interprétatif et supplétif.

Parmi les manifestations de cette tendance, on peut citer par exemple les contrats-types de métayage et de fermage, les contrats-types d'introduction de la main-d'œuvre étrangère en France et d'autres encore.

Sans occuper encore une place aussi étendue que la réglementation ordinaire, cette forme de contrat dirigé mérite de susciter l'attention des juristes. Il est clair qu'elle révèle la mise en œuvre d'un véritable pouvoir réglementaire sous des formes originales. L'analyse classique est donc manifestement inadéquate et la jurisprudence s'oriente vers la reconnaissance progressive du caractère réglementaire de ces différents actes.

C. - LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE CONTEMPORAINE

La jurisprudence contemporaine semble admettre de façon générale que les contrats-types élaborés par une autorité qui n'est pas elle-même partie au contrat revêtent un caractère réglementaire. Par contre, elle n'est pas disposée à modifier sensiblement sa position en ce qui concerne les contrats préédigés par l'administration cocontractante.

1 — Les contrats-types élaborés par l'administration non contractante

La diversité des hypothèses explique que la jurisprudence ait procédé par touches successives et par solutions dispersées. Elle n'a admis le recours pour excès de pouvoir que progressivement contre des contrats-types édictés par d'autres que les cocontractants. La motivation des arrêts n'a pas toujours une valeur générale. Il semble malgré tout qu'à l'heure actuelle la jurisprudence s'unifie sur une position de principe favorable à la thèse réglementaire.

Un premier moyen utilisé par le Conseil d'Etat pour étendre sa compétence a été de prendre en considération le caractère formel de l'acte : la loi en prescrit parfois l'édition sous forme d'actes unilatéraux émanant d'autorités dotées du pouvoir réglementaire. C'est le cas des décrets portant cahiers des charges-types en matière de gaz et d'électricité (exemple : CE 15 juillet 1954 Société des aciéries et forges de Saint-François, RPDA 1954.205. Conclusions Laurent). Ces décrets sont considérés depuis longtemps comme des actes réglementaires.

La motivation se complique dans l'arrêt du 5 mai 1961, ville

de Lyon (L. 294). La forme de R.A.P. n'est pas seule à justifier la compétence : la clause attaquée « qui trouve sa place dans les divers cahiers des charges... est ensuite... rendue applicable aux usagers par les contrats d'abonnement qui s'y réfèrent ; elle règle, sur un point particulier, les conditions d'exécution du service public dans les rapports du concessionnaire avec les consommateurs, et fait ainsi partie intégrante des dispositions réglementaires qui régissent le fonctionnement dudit service au regard du public ». Exprimée dans ces termes, l'arrêt fait référence à la théorie des clauses réglementaires d'une concession de service public. Il en étend l'application au cahier des charges-type car, dès avant la conclusion de la concession, il fait grief au public. Mais la solution ne semble pas pouvoir être étendue à d'autres hypothèses.

Le Conseil d'Etat s'est montré plus audacieux lorsque le contrat-type a pour objet de réglementer des activités privées. Le souci de protéger la liberté contractuelle semble alors avoir prédominé sur tout autre et le Conseil d'Etat a tenu la main à ce que l'autorité administrative n'excédât pas les pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi.

Le cas le plus typique est celui des contrats-types de baux ruraux qui concerne un secteur important de l'économie française. Il aurait été facile de leur nier tout caractère réglementaire et de refuser d'accueillir les recours : ces contrats-types sont élaborés par une commission consultative où siègent des bailleurs et des preneurs, c'est-à-dire des professionnels, à l'exclusion de tout représentant de l'administration. Ils ne peuvent contenir d'autres clauses obligatoires que celles qui résultent de la loi elle-même. Ils se limitent donc pour l'essentiel à une codification des usages en vigueur dans le département. Ces clauses ne sont elles-mêmes que facultatives et une manifestation de volonté suffit à en écarter l'application. Leur rôle est supplétif : la soumission au contrat-type est la sanction de l'absence d'écrit, du défaut d'enregistrement ou du défaut d'accord entre les parties (20).

Mais le Conseil d'Etat leur reconnaît une nature administrative et réglementaire en tirant argument d'une simple mesure de publicité : ces contrats-types sont publiés et rendus exécutoires par voie d'arrêté préfectoral, sans que le préfet puisse se substituer à la commission (CE 17 mars 1952. Syndicat départemental des propriétaires ruraux de la Creuse. L. 161).

Ce fait suffit pourtant pour les assimiler à des règlements sur le plan contentieux : recours pour excès de pouvoir, exception d'illégalité (TC 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets. S. 1952. III.1)... Le Conseil d'Etat se donne ainsi les moyens de contrôler l'action administrative. Cette jurisprudence était audacieuse.

(20) Cf. LEAUTE, *op. cit.*, RTDC. 1953.429

Mais elle restait isolée ou plus exactement elle se juxtaposait à d'autres solutions particulières sans vue d'ensemble.

Un recours du Conseil National de l'Ordre des médecins jugé le 13 juillet 1962 (RDP. 1962.739) semble ouvrir la voie à une solution de portée générale. Il concerne le cas déjà cité de la convention-type réglementant les accords tarifaires à conclure entre les caisses de sécurité sociale et les syndicats de médecins.

L'arrêt lui-même n'est guère explicite. Il se borne à rejeter le recours en admettant la légalité des stipulations prévues. Mais la recevabilité d'un recours fondé sur un moyen de légalité est déjà très significative du caractère réglementaire de la convention-type.

Le sens de cette décision peut être précisé par les conclusions du commissaire du gouvernement Braibant. Pour ce dernier, « la convention-type a un caractère réglementaire : elle contient en effet des clauses obligatoires qui devront être incorporés dans les contrats collectifs ».

Le critère invoqué a valeur générale et ne fait référence à aucune condition autre que la valeur juridique de l'acte ; il s'applique en particulier quel que soit l'objet d'un contrat-type, qu'il soit relatif ou non à l'organisation et au fonctionnement d'un service public.

Le contrat-type a une portée générale et impersonnelle puisqu'il est susceptible de s'appliquer à un nombre indéterminé de situations contractuelles particulières. Sa procédure d'élaboration montre bien qu'il s'agit d'un acte unilatéral, malgré son nom qui prête à confusion.

Reste à préciser la portée du caractère obligatoire. En l'espèce, les clauses attaquées sont impératives. Mais admettre qu'une clause n'a un caractère réglementaire que dans une telle hypothèse équivaldrait à un retour en arrière, aboutirait à ignorer une jurisprudence déjà acquise : dans le cas des contrats-types de baux ruraux en particulier, le Conseil d'Etat admet le recours contre des clauses simplement facultatives.

La conception qui limiterait la reconnaissance du caractère réglementaire aux seules règles auxquelles les personnes intéressées ne pourraient échapper qu'en s'abstenant de contracter serait beaucoup trop restrictive.

Elle repose sur une assimilation induite du caractère obligatoire au caractère d'ordre public d'une disposition : « Les actes administratifs sont tous en principe, d'ordre public parce qu'ils ont pour but la satisfaction d'intérêts généraux » (21).

Mais la coïncidence entre disposition réglementaire et disposition d'ordre public, pour être fréquente, n'est pas nécessaire.

De même que pour les lois, on peut admettre l'existence de règlements qui seraient seulement interprétatifs ou supplétifs sans pour autant changer de nature ou perdre leur force obli-

(21) JCA fasc. 107, n° 6 et sq.

gatoire. Cette situation peut aisément se trouver réalisée dans le cas de contrats-types réglementant des activités privées ou même publiques, plus pour les standardiser et les simplifier que pour leur imposer une certaine conception de l'ordre public.

L'opposition entre clauses facultatives et clauses impératives ne doit d'ailleurs pas être exagérée : en tout état de cause, l'application d'un contrat-type suppose la survenance d'un acte-condition, le contrat particulier. Que les parties soient libres ou non d'écarter telle clause ne doit pas faire oublier que dans les deux cas, elles doivent manifester leur volonté pour que la règle entre en vigueur.

Au surplus, l'opposition n'est pas tranchée : il ne s'agit que de situations extrêmes entre lesquelles se trouve toute une série de cas intermédiaires échelonnés selon la difficulté à mettre en œuvre les procédures de dérogation à la règle.

La formule du commissaire du gouvernement Braibant doit donc être entendue dans un sens large. Elle s'harmonise alors avec la notion de pouvoir réglementaire comme avec la jurisprudence acquise en matière de contrat-type.

2°) Les contrats-types élaborés par l'administration contractante.

On peut donc admettre que la jurisprudence récente du Conseil d'Etat consacre de la façon la plus large le caractère réglementaire des contrats-types élaborés par une autorité publique non partie aux contrats qui en découlent. La même évolution ne s'est pas encore produite à l'égard des contrats-types proposés par l'administration cocontractante.

Il n'est pas douteux pourtant, comme on l'a vu plus haut, que les arguments en faveur de cette évolution sont nombreux : à partir du moment où l'administration attache des conséquences juridiques, si minimes soient-elles, à ces contrats-types, ils ne peuvent plus être considérés comme de simples modèles de stipulations contractuelles.

Le refus de leur reconnaître un caractère réglementaire ou plus exactement le refus d'y voir des actes faisant grief et donc susceptibles d'être déférés au juge de l'excès de pouvoir a des conséquences importantes.

Cette solution exclut tout contrôle préalable de la légalité des stipulations que l'administration impose par voie générale à ses cocontractants. Le contrôle de légalité, au sens strict, n'est pas davantage possible lorsque le contrat est conclu en raison des règles particulières qui régissent le contentieux contractuel : surtout il n'est guère concevable en pratique car on voit mal le cocontractant invoquant l'illégalité de l'acte qu'il vient de conclure.

En définitive le cocontractant ne peut échapper à des clauses

illégalles qu'en refusant de contracter, ce qui n'est pas une solution très satisfaisante du point de vue du respect du droit. Par exemple, il n'existe guère de moyen pour un candidat à la conclusion d'un contrat de se défendre contre une clause discriminatoire qui le défavoriserait irrégulièrement. Le principe d'égalité des citoyens devant les règlements administratifs, si strictement affirmé dans la généralité des cas, ne peut être mis en œuvre ici.

Tous ces arguments n'ont pas ébranlé la jurisprudence qui reste fidèle à la conception classique. Malgré la valeur de la théorie réglementaire présentée par M. Laroque, elle maintient la théorie strictement contractuelle : le contrat-type n'est qu'un modèle de stipulation offert à l'adhésion du cocontractant éventuel.

Cette jurisprudence repose sur l'idée que le contrat-type n'a pas véritablement de force obligatoire : élaboré par l'autorité qui est chargée de l'utiliser, il ne la lie pas en vertu du principe de la liberté d'élaboration des clauses des contrats administratifs.

Cette idée est juste mais ne tient guère compte des situations administratives concrètes : l'autorité tend plus ou moins à se sentir liée par la règle qu'elle a formulée et surtout la possibilité de déroger est limitée par le phénomène de la délégation de compétences : les contrats particuliers sont souvent passés par des autorités subordonnées et le contrat-type s'impose à leur égard comme le règlement du supérieur hiérarchique et non comme un simple modèle (22).

Ainsi, la formule-type de marchés publics par exemple constitue un règlement lorsqu'elle s'applique aux autorités des collectivités locales et un fait sans portée juridique lorsqu'elle détermine la conduite des agents du département ministériel.

Cet exemple met en évidence le paradoxe de cette solution : un acte émanant de la même autorité, ressenti comme un règlement et jouant effectivement ce rôle est analysé de façon diamétralement opposée selon ses destinataires.

Mais cet exemple souligne en même temps la différence de situations qui peut justifier la différence de jurisprudence.

Pour avoir le droit d'édicter un contrat-type applicable à des collectivités publiques ou à des personnes privées, le ministre

(22) La tendance actuelle à la déconcentration administrative ne peut qu'accentuer cet état de fait. C'est la solution de principe pour les marchés publics de l'Etat depuis le décret du 13 mars 1956.

Les marchés sont conclus par une « personne responsable des marchés » désignée par le ministre. Le mouvement vers le caractère réglementaire est accentué par l'article 37 alinéa 2 du même décret : le cahier des prescriptions communes ne peut pas, pour les dispositions autres que techniques, déroger au cahier des clauses administratives générales. Ce dernier n'est donc pas un modèle mais un règlement obligatoire. La jurisprudence devrait tenir compte de cette évolution de la pratique.

(ou tout autre autorité) doit obtenir une habilitation expresse. Au contraire, la possibilité de formuler des règles-types pour les contrats qu'il passe lui-même, découle naturellement et exclusivement de sa compétence à conclure ces contrats et par conséquent à fixer les modalités de cette conclusion.

La première formule se rapproche assez sensiblement d'une concession formelle du pouvoir réglementaire alors que la seconde se rattache à des pouvoirs généraux en matière contractuelle.

L'argument n'est pas décisif car un pouvoir réglementaire peut dériver d'une autre compétence, précisément parce qu'il n'est qu'un procédé. Mais il est valable, historiquement surtout.

L'assimilation des deux situations et la reconnaissance du caractère réglementaire du contrat-type élaboré par l'administration cocontractante ne s'impose donc pas absolument. Elles auraient des avantages indéniables mais soulèveraient peut-être des problèmes de délimitation. En l'état actuel des choses la jurisprudence aboutit à faire prédominer le principe de la liberté d'action de l'administration sur celui du respect de la légalité. A ce niveau, les deux attitudes seraient également justifiées. On peut pourtant admettre que considérer les contrats-types comme des actes faisant grief aux intéressés éventuels serait un progrès juridique facile à réaliser, dans la mesure où la pratique contemporaine s'oriente nettement dans ce sens.

§ 2. — La dénaturation du pouvoir réglementaire dans les contrats-types.

Les contrats-types constituent une manifestation, reconnue ou non, du pouvoir réglementaire. Mais les conditions dans lesquelles il s'exerce ne sont pas celles du droit commun. L'aspect réglementaire doit se combiner avec l'aspect contractuel pour déterminer le régime juridique de ces actes. Il s'ensuit une véritable dénaturation du pouvoir réglementaire normal.

Dans l'hypothèse précédente, les clauses réglementaires d'une concession de service public étaient dénaturées parce qu'elles s'intégraient dans un acte formellement contractuel. Ici la situation n'est pas la même : le contrat-type est indéniablement un acte unilatéral. Mais le procédé contractuel est retrouvé au niveau de la mise en œuvre. Les clauses du contrat-type n'entrent en vigueur que par l'intermédiaire d'un acte contractuel.

La dénaturation provient de ce que ce dernier acte confère en principe un caractère contractuel aux clauses préétablies qui changent ainsi de nature. Deux conséquences s'ensuivent : la mise en application des clauses n'est pas celle qui résulterait d'un règlement ordinaire et surtout le contenu juridique des clauses-types ne peut être déterminée par référence à la com-

pétence en matière réglementaire mais dépend de la compétence des parties contractantes.

A. - L'INTÉGRATION DES CLAUSES-TYPES DANS UN CONTRAT.

La cause qui entraîne la dénaturaion du pouvoir réglementaire tient à l'ambiguïté même de la notion de contrat-type. Ce dernier est un règlement dans la mesure où il est un acte unilatéral qui s'impose de façon plus ou moins énergique aux parties au contrat. Mais en même temps il n'est qu'une formule-type de contrat.

Le règlement ordinaire édicte une règle abstraite qui crée une situation juridique réglementaire, c'est-à-dire générale et impersonnelle. Le contrat-type, qui ne peut s'appliquer que par l'intermédiaire de contrats particuliers, ne crée une situation réglementaire que jusqu'à leur conclusion. Après leur conclusion, ils déterminent une nouvelle situation juridique qui change par conséquent de nature.

La théorie contractuelle reprend alors tous ses droits (23). Les clauses-types prennent la nature du contrat dont elles deviennent partie intégrante. (CE 5 mai 1961. Ville de Lyon, précité). Cette solution s'impose quelle que soit leur nature antérieure (modèles de stipulations ou dispositions réglementaires).

Les clauses qui s'intègrent dans une concession de service public peuvent être réglementaires ou contractuelles par application des théories relatives à la nature des actes de concession (CE 5 mai 1961. Ville de Lyon, précité : clause réglant les conditions d'exécution du service public).

Les autres catégories de contrats donnent une nature exclusivement contractuelle à leurs clauses. Mais l'application du droit public ou du droit privé n'est pas sans conséquences ; l'origine des clauses n'y joue pourtant aucun rôle.

Un cas exemplaire est fourni par la jurisprudence relative aux conventions tarifaires passées entre les caisses régionales de sécurité sociale et les syndicats de praticiens en vertu du décret du 12 mai 1960.

La convention-type prévue par ce décret se voit conférer un caractère réglementaire, implicitement par le Conseil d'Etat qui reçoit un recours dirigé contre elle et explicitement par le commissaire du gouvernement (CE 13 juillet 1962. Conseil National de l'Ordre des médecins. RDP 1962.739 précité).

Par contre, la convention elle-même conclue par des personnes morales de droit privé qui n'ont pas agi pour le compte d'une collectivité publique ne peut être déférée au Conseil d'Etat : il s'agit en effet d'un contrat de droit privé dont le contentieux relève exclusivement de l'autorité judiciaire (CE 13 décembre

(23) Cf. A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, notamment pp. 373 et sq.

1963. Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et sieur Merlin. AJDA 1964.43).

Le changement de nature des dispositions contenues dans ces actes ne saurait être plus radical. Il conduit à s'interroger sur les relations réciproques qui unissent les aspects successivement réglementaires et contractuels.

Le fait que le pouvoir réglementaire inclus dans le contrat-type ne peut se manifester qu'à travers des actes contractuels entraîne des conséquences dans deux domaines, celui de la mise en application des clauses édictées par le contrat-type et celui de leur contenu intrinsèque.

B. - L'INFLUENCE DU FACTEUR CONTRACTUEL SUR L'ENTRÉE EN VIGUEUR DES CLAUSES-TYPES.

Un des arguments invoqués pour nier le caractère réglementaire d'un contrat-type est que son application est subordonnée à la réalisation d'un acte-condition qui donne seule une valeur juridique actuelle à ses clauses.

Présenté de la sorte, cet argument est inexact pour deux raisons : il suppose que le contrat-type n'a par lui-même aucun effet juridique ce qui n'est généralement pas le cas ; il méconnaît le fait qu'un règlement ne s'applique jamais directement à une situation particulière du seul fait qu'il est une règle de droit objectif : il n'y a donc pas sur ce point de différence sensible entre un règlement et un contrat-type.

Plus exactement, la seule différence importante est que la mise en application d'un contrat-type fait nécessairement appel à la volonté de ceux qui y sont soumis alors qu'un règlement ordinaire peut être appliqué par un acte unilatéral indépendamment de tout accord des intéressés.

La supériorité du premier procédé tient parfois à cette souplesse qui évite les réactions défavorables suscitées par le recours à la contrainte. Dans les faits, l'opposition n'est pas toujours tranchée : il est des contrats-types inévitables (comme une concession de distribution d'électricité pour une commune) et il est des règlements qui ne jouent qu'à l'égard de ceux qui ont demandé à en bénéficier, notamment lorsqu'un choix est possible.

C'est à un niveau inférieur que se situe la différence entre les situations créées par un règlement et celles qui découlent d'un contrat-type : les normes édictées par ces deux catégories d'actes ne régissent pas de la même façon les « actes-conséquences » pour reprendre le terme employé par M. Weil.

Ici, encore M. de Laubadère peut nous servir de guide (24). « La caractéristique fondamentale de la situation réglementaire

(24) M. DE LAUBADERE, *op. cit.* I, p. 346. Cf. aussi, p. 356.

est que, lorsque ces dispositions générales qui l'ont défini viennent à être modifiées, ces modifications s'appliquent automatiquement aux situations particulières déjà attribuées par des actes-conditions ; or nous verrons précisément qu'il n'en est nullement ainsi dans le cas des contrats administratifs ; la situation juridique du cocontractant est fixée sur la base des cahiers des charges tels qu'ils étaient rédigés au moment où leurs dispositions ont été insérées dans le contrat ; elle ne subit pas les modifications ultérieures qui pourraient être apportées par voie générale aux cahiers des charges ».

Le même raisonnement peut s'appliquer à n'importe quel contrat-type. Selon M. de Laubadère « c'est la preuve qu'il ne s'appliquait pas en vertu d'une force réglementaire qui lui eût été propre, mais seulement en vertu de l'accord contractuel des parties, accord réalisé sur un certain libellé » (ibidem p. 356).

Cette solution qui est incontestable en droit positif est donc utilisée pour renforcer la thèse classique. Mais elle vaut aussi pour des situations auxquelles la jurisprudence reconnaît un caractère réglementaire.

Ainsi les clauses obligatoires des contrats-types des baux ruraux s'appliquent immédiatement aux baux en cours (CE 23 décembre 1949. Revue fermière. 1950.116. Cass. Civ. 4 mai 1952. Revue fermière 1952.346) et les clauses facultatives applicables à un bail sont celles qui étaient contenues dans le contrat-type publié au moment de la conclusion du bail. Les unes comme les autres sont pourtant considérées comme réglementaires par le juge mais seules les premières découlent de dispositions législatives que le législateur semble avoir considérées comme d'ordre public.

Quant à l'effet des modifications des cahiers des charges-types sur les concessions en cours, M. de Laubadère écrit que « le cahier des charges-types applicable est celui qui était en vigueur au moment de l'acte de concession et dans la teneur où il était rédigé à ce moment » (p. 370). Selon une note, « il en est ainsi non seulement pour les clauses contractuelles, mais aussi pour les clauses réglementaires du cahier des charges-type. Cela n'est nullement contradictoire avec le caractère réglementaire de ces clauses ; c'est seulement la conséquence de cette idée qu'aucune clause du cahier des charges-type, quel que soit son objet, et par suite sa nature, n'est applicable à une concession que parce que et dans la mesure où l'acte de concession s'y est référé » (p. 370) (25).

Cette note est assez curieuse car il est généralement admis que ces clauses réglementaires manifestent bien l'exercice d'un

(25) Cf. C.E., 11 juillet 1930, Fouquet de Lusigneul L 720.

C.E., 16 mai 1941, Commune de Vizille L 93.

C.E., 15 juillet 1954, Société des aciéries et forges de Saint-François, précité

pouvoir de décision sous forme réglementaire. Si donc une modification des dispositions générales n'influe pas sur les dispositions particulières, ce n'est pas en raison de la présence ou de l'absence d'une force propre au pouvoir réglementaire.

Que les clauses-types soient réglementaires ou non, sous réserve de dispositions législatives expresses en sens contraire, leur insertion dans un contrat particulier est subordonnée à la même règle de principe : qu'elles aient été régulièrement édictées au moment de la conclusion du contrat.

Cette solution semble le fruit original d'un compromis entre les deux tendances opposées mais complémentaires qui expliquent le régime juridique du contrat-type. Elle opère une heureuse conciliation entre le procédé réglementaire et le procédé contractuel sans éliminer l'un au profit de l'autre. Mais en faisant sa part à celui-ci, elle entraîne inévitablement une dénaturation de celui-là.

Il ne s'agit pas de dire que le contrat-type n'est pas un règlement mais plutôt que son caractère réglementaire doit se concilier avec le caractère contractuel du contrat particulier pour établir une opération juridique originale.

Il ne faut d'ailleurs pas exagérer la dénaturation du pouvoir réglementaire qui en résulte. Sans doute, ce dernier ne peut s'exercer librement comme s'il était un pouvoir d'action unilatérale.

Un règlement ne modifie pas uniformément toutes les situations en cours. Son entrée en application doit par exemple être conciliée avec le respect des droits individuels acquis (26). Ce n'est que dans certains cas qu'il régit immédiatement une situation entièrement statutaire (ex. : fonction publique).

La vérité est donc plus mesurée : le contrat-type présente cette caractéristique de ne pouvoir donner naissance qu'à des situations contractuelles génératrices des droits subjectifs propres aux contrats administratifs ou privés.

Beaucoup plus importante, en réalité, est la conséquence de l'application contractuelle d'un acte réglementaire sur le contenu même des actes en cause.

C. - L'INFLUENCE DU FACTEUR CONTRACTUEL SUR LE CONTENU DES CLAUSES-TYPES.

Le contenu juridique d'un acte dépend de la compétence de son auteur. Le procédé du contrat-type aboutit à définir de façon originale l'étendue de cette compétence. Un certain nombre de principes généraux valables pour tous les actes de toutes les autorités administratives trouvent normalement application parce que le contrat-type est un règlement. Des prérogatives

(26) Cf. *infra*, III^e partie, chapitre III.

spéciales peuvent être conférées expressément par le texte fondant la compétence.

Mais en l'absence de précision, il n'est pas possible de déterminer les pouvoirs de l'auteur du contrat-type sans prendre en considération le fait que cet acte est destiné à devenir un contrat.

1°) *Les conséquences du caractère réglementaire des clauses-types.*

En premier lieu, comme toute autre autorité administrative, l'auteur d'un contrat-type doit respecter un certain nombre de principes généraux valables pour tous les actes unilatéraux ou plus exactement pour tous les actes à portée générale et impersonnelle.

Cette solution est affirmée sans équivoque par la jurisprudence à propos des actes dont elle accepte de connaître, comme le cahier des charges-type d'une concession de distribution de gaz, la clause attaquée « ne saurait, en l'absence d'une disposition législative contraire, entraîner dans l'application de l'index fixant les tarifs des consommations, des conséquences qui ne seraient pas conformes au principe de l'égalité des usagers devant le service public, ou à celui suivant lequel les changements de tarifs ne peuvent avoir d'effet que pour l'avenir ». (CE 5 mai 1961. Ville de Lyon L. 294, précité).

Cet arrêt semble avoir une portée générale : il signifie en définitive que l'autorité administrative ne saurait se servir du procédé du contrat-type pour se soustraire au respect du principe de non-rétroactivité des actes administratifs et des différentes formes du principe d'égalité des individus devant la puissance publique.

Le commissaire du gouvernement Braibant dans ses conclusions sous l'arrêt déjà cité « Conseil national de l'ordre des médecins » enrichit cette idée. Il ajoute que « le pouvoir réglementaire n'a pas le droit, par ce biais, (celui du contrat-type) d'empiéter sur le domaine réservé à la loi, en portant atteinte aux principes fondamentaux qu'elle a définis ».

La jurisprudence n'est pas assez fournie pour être cernée de façon précise mais la tendance est incontestable (27). La rigueur de ces principes dépend évidemment de l'activité réglementée ; le principe d'égalité n'a pas la même force à l'égard d'une acti-

(27) Le contrôle contentieux des contrats-types émanant de l'administration cocontractante n'est pas possible directement puisqu'ils n'ont pas un caractère réglementaire aux yeux de la jurisprudence. Mais, il peut être assuré indirectement après la conclusion du contrat. Ainsi les usagers d'un service public peuvent attaquer les clauses d'une concession qui ne respecterait pas les principes d'égalité et de non-rétroactivité. L'administration n'a théoriquement pas intérêt à introduire dans un contrat-type de telles clauses qui risquent d'être ultérieurement privées d'effets.

tivité privée qu'à l'égard d'un service public. Toute systématisation est donc impossible.

L'idée fondamentale est qu'un certain nombre de conséquences juridiques sont nécessairement liées à la qualité d'autorité administrative de l'auteur du contrat-type et au procédé autoritaire qu'il emploie pour le mettre en vigueur : il convient que le recours à ce procédé ne bouleverse pas l'ordre juridique normal. D'autres conséquences sont liées au caractère de service public appartenant à plusieurs des activités régies par des contrats-types : leur champ d'application est donc plus limité que celui des premières mais leur contenu est sans doute plus riche.

Dans tous les cas, il s'agit de conséquences liées au pouvoir réglementaire : soit à sa mise en œuvre, soit à l'objet auquel il s'applique. Mais elles doivent être conciliées avec l'autre aspect du contrat-type qui est l'aspect contractuel.

2°) *Les conséquences du caractère contractuel.*

La loi peut établir la liste et le contenu des dispositions contenues dans un contrat-type. Il y a dans ce cas compétence par détermination de la loi ce qui relève de l'étude de chaque cas particulier : par exemple les contrats-types de baux ruraux doivent reprendre certaines dispositions énoncées dans l'ordonnance du 17 octobre 1945 ou bien l'ordonnance du 30 décembre 1958 permet à l'autorité administrative de fixer les tarifs maximum des honoraires médicaux dans une convention-type.

Mais les pouvoirs de l'auteur du contrat-type ne sauraient se limiter à ce qui leur est expressément dévolu par ces textes spéciaux. Les textes se bornent souvent à fixer l'objet et non le contenu de la réglementation et certains contrats-types n'exigent pas un fondement textuel pour leur édition (ceux qui sont l'œuvre de l'administration cocontractante).

Un principe général doit donc être dégagé pour permettre la détermination exacte des compétences dans chaque cas particulier. Ce principe ne peut être cherché dans l'étendue du pouvoir réglementaire pour deux raisons.

D'une part, la notion de pouvoir réglementaire ne contient aucun élément relatif à l'étendue des compétences de son titulaire. Seuls les textes spéciaux fondant chaque type de pouvoir réglementaire fournissent des renseignements sur ce sujet.

D'autre part le contrat-type se résout finalement en un contrat et ses clauses acquièrent une nature contractuelle. Leur valeur juridique est appréciée en fonction du contrat particulier.

Sous réserve des observations précédentes, la liberté d'élaboration des clauses des contrats constitue un principe valable en

droit privé comme en droit public. L'administration peut donc insérer dans le contrat-type toutes les clauses valides dans un contrat passé par elle.

Le contenu de ces clauses varie évidemment selon le type de contrat et ne diffère pas nécessairement beaucoup de ce qui aurait pu être édicté par un règlement. Mais le fondement en est tout à fait différent.

L'administration n'agit pas en vertu de prérogatives de puissance publique conférées par un texte mais en raison de la liberté contractuelle dont elle jouit. C'est donc dans le principe même qu'il y a dénaturation du pouvoir réglementaire.

La jurisprudence a entendu appliquer cette solution de façon générale. La combinaison de deux considérants de l'arrêt précité du 13 juillet 1962 montre bien comment se réalise cette conciliation entre les deux aspects contradictoires du contrat-type.

« En application de l'ordonnance du 30 décembre 1958, il appartenait à l'autorité réglementaire d'établir dans une convention-type les clauses qui seraient rendues obligatoires en ce qui concerne les accords tarifaires conclus entre les caisses de Sécurité Sociale et les syndicats de praticiens ».

« La convention-type prévue à l'article 2 du décret à laquelle les syndicats de praticiens restent libres de ne pas souscrire peut comprendre toutes les stipulations qui sont légalement incluses dans un contrat ».

La force obligatoire de la convention-type tient à ce qu'elle est un règlement légalement fondé mais son contenu dépend de son caractère contractuel.

En l'espèce il s'agit de juger la légalité de l'article 9 par lequel le syndicat se porte garant de l'exécution de la convention par ses membres. Selon le commissaire du gouvernement Braibant cette obligation « n'aurait pu être imposée par voie réglementaire et figurer en l'espèce par exemple, dans le décret lui-même » car ce serait excéder les pouvoirs conférés par la loi ; « mais l'obligation de garantie résultera, par les syndicats de praticiens des conventions qu'ils auront signées, c'est-à-dire des engagements contractuels qu'ils auront souscrits ».

Le contrôle de légalité subsiste mais il ne s'opère plus sur la même base. La validité de la convention-type est appréciée comme celle de l'acte auquel elle donne naissance, ici un contrat de droit privé : la convention-type doit respecter la loi, précise M. Braibant « mais aucun principe fondamental du droit privé n'interdit aux personnes morales en général, et aux syndicats en particulier, de prendre, par voie contractuelle, des engagements pour leurs membres ».

La conséquence la plus nette est un accroissement de fait des prérogatives de l'administration : les textes ne sont pas des fondements mais seulement des limites à son action libre. Cette solution est justifiée par l'idée que la réglementation contenue

dans le contrat-type ne peut s'appliquer qu'avec le libre accord des intéressés. Mais cette liberté d'adhérer ou non est souvent très limitée, comme dans l'espèce même où elle est invoquée.

L'analyse juridique ne doit pas être trop formelle : elle doit reconnaître que le principe de l'autonomie des volontés en matière contractuelle marque le plus souvent la supériorité de fait de l'administration qui est en mesure d'imposer unilatéralement sa volonté. Ce masque est d'autant plus dangereux qu'il aboutit à conférer des pouvoirs accrus à l'administration. Le procédé du contrat-type peut être utilisé par cette dernière pour imposer indirectement des obligations qu'elle n'aurait pu édicter en vertu de son pouvoir réglementaire normal. Malgré les apparences, il peut s'agir en fait d'un pouvoir réglementaire élargi et non restreint.

Cette conclusion ne s'impose pas dans tous les cas mais les assouplissements éventuels résultent des dispositions légales qui limitent les pouvoirs de l'administration, plus que du caractère contractuel du contrat-type (exemple les contrats-types des baux ruraux dont les clauses sont facultatives en vertu de la loi).

De façon générale et quels que soient les inflexions constatées en pratique, le procédé du contrat-type aboutit à créer un pouvoir réglementaire un peu en marge de l'ordre juridique normal. La difficulté à l'intégrer dans des cadres classiques et par conséquent à assurer un contrôle effectif de légalité et une limitation effective du pouvoir est peut-être l'aspect le plus inquiétant de ce phénomène. Il est lié au phénomène plus général de l'interpénétration croissante du pouvoir et de la société, de l'autorité publique et des activités sociales de toute nature.

Section III. — Les aspects réglementaires des conventions collectives.

Cette interpénétration se manifeste encore de façon frappante dans le procédé des conventions collectives mais elle met alors en valeur sur le plan juridique une autre ligne d'évolution de la société.

La convention collective est l'instrument par lequel les groupes sociaux organisés entrent en relations les uns avec les autres et fixent le régime juridique de leurs membres. Elle est admirablement adaptée à la structure de ce que M. Bourricaud appelle les « sociétés polyarchiques » où la décision publique découle de négociations entre des groupes à la fois partenaires et rivaux (28).

Elle trouve son terrain d'élection dans les relations de travail propres au régime capitaliste. Elle se définit alors comme « l'accord par lequel un groupement de travailleurs et un ou

(28) F. BOURRICAUD, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*.

plusieurs employeurs fixent le régime du travail applicable dans les relations nées des contrats de travail conclus entre les employeurs et les travailleurs intéressés » (29).

Mais elle s'étend à d'autres relations sociales lorsque deux ou plusieurs groupes se trouvent impliqués. Depuis peu, le droit positif français introduit de nouvelles hypothèses. Certaines matières sont régies par des accords collectifs bien qu'elles ne concernent pas exactement la détermination des conditions de travail. L'assurance-chômage et les régimes complémentaires de retraite en sont les plus connues. Des ordonnances ont organisé pour elles des procédures d'extension. Sauf exceptions (comme le contrat-type des agents commerciaux) il s'agit de relations entre employeurs et salariés.

Mais le procédé tend à sortir de ce domaine : la Sécurité Sociale reste encore assez proche du droit du travail et les transitions se font naturellement : les conventions tarifaires entre les caisses et les syndicats de praticiens se multiplient depuis 1960.

Le procédé semble appelé à se développer encore dans l'avenir. Beaucoup de règles qui sont édictées unilatéralement sur le plan formel résultent en fait d'une négociation collective, le statut des agents publics et semi-publics en particulier. Il serait souvent souhaitable et possible que le droit s'aligne sur la pratique et que le règlement fasse place à une convention collective.

Cette évolution n'est possible que parce que les deux catégories d'actes ont fondamentalement le même objet : édicter des règles de droit objectif. Mais la seconde fait appel à une technique d'élaboration de nature contractuelle d'où cette dualité de nature qui marque toute la convention collective.

Elle manifeste l'exercice d'un pouvoir réglementaire par les groupements signataires. Mais ce point ne retiendra qu'assez peu l'attention car ce pouvoir réglementaire reste d'essence privée aux termes d'une jurisprudence constante.

Il reste pourtant assez important pour susciter l'intérêt de la puissance publique qui intervient notamment par la procédure de l'extension. Il faut étudier la nature de cette intervention et ses effets sur la nature même de la convention collective.

§ 1. — L'élément réglementaire dans la convention collective

La convention collective s'efforce d'établir une conciliation entre le procédé réglementaire et le procédé contractuel. Elle se rapproche de ce fait des contrats à clauses réglementaires et des contrats-types qui répondent à des objectifs analogues. Mais cette conciliation est opérée de façon très différente, en particulier le procédé n'est pas mis en œuvre par les mêmes personnes.

L'analyse faite par le droit positif aboutit alors à des résultats

différents. Malgré la part tenue par l'élément réglementaire, la convention collective reste un contrat de droit privé.

1°) Dans la convention collective pure et simple, c'est-à-dire non étendue, se manifeste déjà cette « dialectique du contrat et du règlement » qu'évoque M. Vedel.

La négociation et la conclusion de la convention font l'objet d'un libre débat contractuel. On a même souligné que si la négociation était passée du plan individuel au plan collectif, c'était pour retrouver les conditions d'un libre débat qui n'était plus possible dans les relations individuelles.

La convention collective est donc en premier lieu un contrat et elle en a tous les effets dans les rapports entre les groupements signataires. Mais son caractère collectif en fait aussi un règlement.

Elle est la loi de la collectivité des employeurs et des travailleurs. Elle contient des règles de droit objectif et s'applique aux situations individuelles exactement de la même façon qu'un règlement. En droit positif, les membres des groupements signataires sont tenus d'en respecter les dispositions dans les contrats individuels de travail.

L'employeur est même tenu de l'appliquer à tous ses travailleurs même s'ils n'appartiennent pas à un syndicat signataire : pour eux, la convention est bien un règlement élaboré en dehors de leur volonté mais qui leur est appliqué par référence tacite au principe d'égalité des individus devant la règle de droit. L'application de la convention aux contrats en cours et l'absence de droit au maintien des avantages acquis sauf clause expressément contraire est une autre illustration du fait que seule l'analyse réglementaire permet de comprendre les effets des conventions dans les rapports individuels.

2°) La convention collective de travail est donc à certains égards un règlement mais elle n'est pas un règlement administratif. Elle est un des instruments par lequel s'exerce le pouvoir réglementaire des groupes professionnels. Mais en droit français, ces derniers restent des collectivités de droit privé.

Conclue par des personnes privées, la convention a nécessairement un « caractère de contrat de droit privé » et relève de la compétence des juridictions judiciaires sont directement, soit sur renvoi à la suite d'une question préjudicielle (30).

Le régime juridique qui en résulte peut être clairement exposé à partir d'un arrêt du Conseil d'Etat du 16 mars 1962. Compagnie des tramways électriques d'Oran (Droit Social 1963, p. 80, note Pactet).

Il s'agit d'un recours contre une décision d'un inspecteur du

(30) C.E., 4 mars 1960. S.A. le peignage de Reims.
C.E., 11 mai 1960. Camelot et fédération nationale des maîtres artisans du livre. A.J.D.A. 1960.II.255.

(29) RIVERO et SAVATIER, *Droit du travail*. Thémis 1956, p. 215.

travail annulant une partie du règlement intérieur d'une entreprise comme contraire à une convention collective.

Cette décision est illégale car l'inspecteur n'a compétence que pour annuler les dispositions contraires aux lois et règlements et le juge refuse d'assimiler la convention à un règlement administratif.

Mais on ne peut en déduire que les clauses de la convention ne s'imposent pas au règlement intérieur. Elles constituent des règles de droit obligatoires pour tous les contrats de travail. Mais la sanction de cette obligation relève du droit privé et de la compétence judiciaire.

Aussi bien dans ses aspects réglementaires que dans ses aspects contractuels, la convention collective reste un acte de droit privé. Mais l'autorité publique peut intervenir pour en étendre les dispositions. N'y a-t-il pas alors changement de nature juridique ?

§ 2. — L'élément réglementaire dans l'extension de la convention collective

Comme le soulignait P. Durand, la conception réglementaire de l'extension est la plus instinctive (31). Il faut pour le moins admettre qu'au « libre débat contractuel, il reste seulement, dans les cadres imposés par la loi, la fixation du contenu de l'accord : il fournit la matière mais l'autorité vient du procédé réglementaire » (32).

Seule l'intervention du pouvoir, en l'espèce le ministre du travail, peut expliquer la force obligatoire de la convention à l'égard des membres de la profession qui n'adhèrent pas aux groupements signataires. Pour ces personnes, la convention est bien un acte unilatéral dont toute la théorie du droit réserve l'émission à une autorité publique.

La conception réglementaire de l'extension peut se borner à expliquer la situation de ces tiers ; elle peut être poussée jusqu'à expliquer la situation de tous les membres de la profession. L'arrêté d'extension serait un véritable règlement qui s'approprierait les clauses de la convention et leur conférerait un caractère public.

Cette conception rencontre des objections décisives car elle déforme le sens de la procédure d'extension qui est de placer tous les membres de la profession sous l'empire de la convention collective et non de lui substituer un règlement administratif.

La part du pouvoir réglementaire s'accroît mais la dualité subsiste, la nécessité de l'accord de volonté demeure inchangée.

(31) Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives. Les effets de l'arrêté d'extension. Droit Social 1956.214.

(32) Rivero, *La convention collective et le droit public français*. Revue Economique 1951.15.

Le ministre se borne à élargir le domaine d'application de la convention, mais ce sont bien les règles de cette dernière qui s'appliquent, sans modification de leur contenu ni de leur nature juridique.

Cette conception est celle que la jurisprudence a adoptée dans son ensemble (33). La procédure d'extension ne modifie pas la nature des conventions qui restent des contrats de droit privé (34). La validité de l'extension est subordonnée à la validité de la convention elle-même qui ne peut être appréciée que par l'autorité judiciaire. Ceci peut entraîner des complications sur le plan de la procédure contentieuse (ex. : TC 19 mai 1958. Demoiselle Albaut. L. 794. Arrêté ministériel annulant une délibération d'une caisse de Sécurité Sociale comme contraire à une convention collective) (35).

L'extension a les effets spécifiques prévus par la loi du 11 février 1950. Ainsi certaines dispositions sont sanctionnées pénalement mais l'amende prévue à l'article R 26, 15° du Code pénal n'est pas applicable car elle ne concerne que les règlements administratifs.

L'arrêté d'extension étend le domaine personnel d'application de la convention collective mais il n'en modifie ni le domaine professionnel ni le champ territorial. Il subit les événements qui intéressent la convention, en particulier la disparition, même par dénonciation, de la convention, entraîne la caducité de l'arrêté qui n'en aurait pas été affecté si la thèse réglementaire avait prévalu.

Il est donc inutile de poursuivre davantage l'étude de la convention collective. Elle intéresse le pouvoir réglementaire dans la mesure où elle constitue une règle de droit. Mais en raison de ses auteurs et de sa procédure d'élaboration, elle reste exclue du droit public et l'arrêté d'extension ne change pas grand-chose à cette situation.

Elle réalise une synthèse originale de la volonté privée et du commandement public dans l'édition d'une réglementation. Mais elle ne constitue pas vraiment un pouvoir réglementaire au sens du droit administratif positif.

(33) BRUN, *L'extension des conventions collectives du travail en jurisprudence*. Droit Social 1960.644.

(34) C.E., 9 juillet 1943. Chambre syndicale des négociants en draperie et doublures, L.183.

C.E., 4 mars 1955. Drillet, L.157.

C.E., 4 mars 1960. S.A. le peignage de Reims, précité D.S. 1960.274.

Conclusions Nicolay.

(35) Il est à noter que la même jurisprudence s'applique aux conventions tarifaires de Sécurité Sociale. C.E., 13 décembre 1963. Syndicat des praticiens de l'art dentaire, précité A.J.D.A. 1964.43.

CONCLUSION

A côté du pouvoir réglementaire de style classique, l'époque contemporaine a multiplié les hypothèses où le pouvoir s'exprime sous des formes différentes, notamment sous forme contractuelle.

Cette tendance a deux raisons principales. D'une part l'apparition de sources de droit autres que la loi et le règlement d'application. Certains procédés ont été élaborés pour permettre au pouvoir réglementaire de certaines collectivités de s'exprimer (conventions collectives de travail) et pour permettre à la puissance publique traditionnelle d'en contrôler l'exercice (contrat-type).

D'autre part, le rôle de l'administration elle-même s'est beaucoup étendu. Il lui a fallu parallèlement diversifier ses méthodes et moyens d'action. Dans certains cas, l'édiction de règlements apparaissait comme trop rigide pour être utilisée en dehors de son domaine habituel. Les efforts d'assouplissement ont permis la mise au point de nouvelles techniques, complexes aux yeux de la théorie classique mais mieux adaptées aux besoins pratiques.

Ces deux tendances ne sont d'ailleurs pas dissociables. Elles correspondent à l'évolution générale des sociétés occidentales où société et pouvoir et, par conséquent, droit privé et droit public s'interpénètrent de plus en plus.

Dans la mesure où le retour à la société libérale et à l'Etat-gendarme devient impossible, ces procédés hétérodoxes ne peuvent plus être considérés comme des exceptions marginales : ils doivent être reconnus comme des institutions représentatives du droit et de la société contemporaine.

Leur esprit commun est de jeter un pont entre des notions et des principes autrefois opposés : ils réalisent au sein de la même opération ou du même acte une synthèse, plus ou moins réussie, entre la technique réglementaire et la technique contractuelle. Ce n'est pas une juxtaposition de dispositions de nature différente mais une fusion des deux techniques dans la même disposition.

Selon que l'une ou l'autre prédomine, selon aussi des considérations extrinsèques à ce problème, le droit positif essaie de rattacher tel procédé à l'une ou l'autre des catégories classiques. Cette tentative est nécessaire sur le plan pratique (faut-il ou non admettre la compétence administrative ? le recours pour excès de pouvoir ?) mais elle mutilerait la réalité si on en faisait une systématisation théorique trop poussée.

Ce ne sont pas seulement les catégories techniques du droit administratif qui sont mises en cause, mais aussi les principes sur lesquels elles reposent : la fusion des aspects contractuels et

réglementaires est la négation de l'opposition classique entre phénomène de contrainte et phénomène de consentement. Elle a pour but de rendre compte d'une réalité beaucoup plus souple et plus nuancée.

L'étude des contrats à contenu réglementaire, des contrats-types et des accords collectifs ne doit donc pas être négligée. L'ignorance ou l'incompréhension présenteraient des risques graves car elles laisseraient le champ libre à toutes les tentatives d'utilisation abusive de ces procédés par l'un des intéressés, que ce soit l'administration ou un groupe privé quelconque. Ce serait en tout cas le résultat le plus sûr d'une sous-estimation des éléments contraignants et réglementaires.

Il reste malgré tout que ces procédés ne peuvent espérer se généraliser au point de supplanter le pouvoir réglementaire ordinaire. Ils n'en sont, en définitive, que l'une des multiples facettes, originale, mais secondaire.

Mais la notion de pouvoir réglementaire, déjà fort vague, perd à peu près toute cohérence. Elle se dissout dans la compétence à prendre des dispositions de nature générale et impersonnelle.

DEUXIEME PARTIE

LES AUTORITES DOTEES DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

La notion de pouvoir réglementaire s'est révélée difficile à définir rigoureusement. Le caractère réglementaire d'un acte est apprécié différemment selon la qualité de son auteur et le droit positif consacre au moins deux conceptions distinctes. Cette impossibilité d'aboutir à une définition unique et homogène laisse pressentir une égale difficulté à relier entre elles les différentes compétences réglementaires des autorités administratives.

Une observation, même superficielle, de l'organisation administrative montre que le pouvoir réglementaire existe rarement en tant que prérogative distincte confiée à une autorité donnée. La multiplicité des attributions de compétence et la diversité des autorités qui en sont investies défient presque toute description.

L'évolution contemporaine du droit positif a détruit pour sa plus grande part l'édifice classique : il n'est plus possible d'établir une hiérarchie simple des autorités (Président de la République, ministres, préfets, maires) qui puisse servir de base solide à une description des compétences réglementaires.

Une classification des compétences selon leur objet peut être tentée : l'exécution d'une norme supérieure, le maintien de l'ordre public et l'organisation des services publics sont les trois objets principaux du pouvoir réglementaire. Cette distinction présente de multiples intérêts et sera utilisée à plusieurs reprises. Elle souligne l'absence d'unité du pouvoir réglementaire et son caractère de simple procédé au service de fonctions différentes. Mais ses fonctions sont souvent enchevêtrées et elles ne suffisent pas à dégager le régime juridique des compétences de telle autorité.

En fin de compte, le procédé le moins imparfait de classification semble devoir se fonder sur le titre de compétence lui-même en raison de l'importance que le droit français attache aux

considérations organiques et formelles. Dans un Etat de droit, toute compétence doit se fonder sur un titre, c'est-à-dire sur une règle de droit objectif qui en définit le titulaire, l'étendue, le but, les conditions d'exercice...

De ce point de vue, le droit français reconnaît et utilise trois catégories principales. En premier lieu certaines compétences se fondent directement sur la Constitution. Cette origine élevée leur confère une prééminence incontestable, elles sont traditionnellement l'apanage des autorités centrales de l'Etat. Les deux autres catégories sont subordonnées et ne peuvent au moins en principe altérer les dispositions constitutionnelles qui les fondent indirectement. La loi et le règlement constituent une source subordonnée mais importante par son volume. Enfin certaines compétences sont consacrées par le juge en dehors de tout texte exprès. Elles se justifient par des nécessités supérieures reconnues par le droit mais n'ont qu'un caractère subsidiaire.

Chacune de ces trois catégories regroupe des compétences assez diverses (on retrouve là la diversité des autorités et des objets) mais son unité de fondement lui assure malgré tout une certaine unité de régime.

L'hypothèse qui anime toute cette partie est que le pouvoir réglementaire, loin d'être une prérogative spécifique de l'administration, n'est en définitive qu'une forme du pouvoir de commandement de l'Administration. De ce fait, il ne présente d'unité qu'en ce qui concerne sa forme générale et impersonnelle, c'est-à-dire en ce qui a trait au procédé juridique. Mais sur le fond, les compétences réglementaires se fragmentent selon l'habilitation consentie et se rapprochent des autres pouvoirs de décision dont le titulaire, l'objet, la fonction, l'étendue sont comparables.

Il est facile de démontrer que les caractères d'un pouvoir réglementaire, au sens courant du terme, découlent moins de sa nature qu'ils ne sont déterminés par le titre de compétence. Mais l'opinion générale et le droit positif lui-même admettent difficilement que le terme de pouvoir réglementaire soit, en rigueur, impropre puisqu'il ne correspond pas à un véritable pouvoir. C'est pourquoi la thèse selon laquelle les diverses formes du pouvoir de décision sur un objet donné doivent rester associées exprime davantage une tendance naturelle du Pouvoir qu'un état actuel du droit positif. Elle ne peut être avancée qu'avec prudence, bien qu'en raison des mécomptes provoqués par sa méconnaissance, elle inspire en fait l'évolution contemporaine.

TITRE I

LA COMPETENCE EN MATIERE REGLEMENTAIRE

FONDEE SUR UN TITRE CONSTITUTIONNEL

CHAPITRE I

LA CONSTITUTION ET LE POUVOIR REGLEMENTAIRE

En un sens, la constitution est la source de toutes les attributions des autorités publiques constituées. Elle est en effet la loi fondamentale qui fixe le statut du Pouvoir et lui permet de s'institutionnaliser. De plus, dans la conception classique du Droit français, les compétences sont des fonctions que leurs titulaires doivent exercer eux-mêmes et ne peuvent pas déléguer. Elles découlent donc toutes, directement ou non, de la constitution.

Mais les dispositions constitutionnelles se bornent le plus souvent à des habilitations assez générales qui mettent en œuvre le principe de séparation des pouvoirs plus qu'elles n'édicte des règles précises de compétence. Elles doivent d'ailleurs être interprétées en fonction de coutumes constitutionnelles qui en précisent la portée.

Le mouvement du « parlementarisme rationalisé » qui se fait sentir depuis la première guerre mondiale et qui aboutit presque à une auto-destruction dans la constitution du 4 octobre 1958 va à l'encontre de cette tendance. Il érige en règles constitutionnelles des prescriptions qui relevaient autrefois de la pratique et multiplie les dispositions de procédure et d'aménagement des compétences.

Traditionnellement, le pouvoir réglementaire de l'Administration se fondait sur la disposition qui chargeait le chef de l'Etat « d'assurer l'exécution des lois ». L'aménagement concret de la fonction exécutive ainsi définie était effectué par le législateur et dans une moindre mesure par le chef de l'Etat lui-même. La Constitution de 1946 transfère la plupart des prérogatives du Président de la République au Président du Conseil des Ministres tout en conservant les mêmes solutions. Mais le schéma classique de répartition des compétences fondé sur la notion

d'exécution des lois est déjà altéré en pratique et la crise ne cesse de s'aggraver.

La Constitution du 4 octobre 1958 se présente comme un effort pour rénover les techniques du régime politique français et pour les adapter aux exigences d'une société développée du xx^e siècle. Elle rompt brutalement avec certaines traditions qui sont jugées périmées et paralysantes et, par conséquent, elle est amenée à contenir une dose élevée de réglementation détaillée. Deux raisons techniques expliquent précisément cette attitude : la fin de la souveraineté de la loi et du Parlement et l'institution d'un bicéphalisme gouvernemental.

La souveraineté de la loi découle des conceptions de J.-J. Rousseau qui en fait l'expression de la volonté générale au même titre ou presque que la Constitution. Adoptée dès la Révolution, elle entraîne, de façon à peu près inévitable, la souveraineté du Parlement, auteur de la loi, qui est consacrée par l'élimination au xix^e siècle de la légitimité monarchique. Ces conceptions sont progressivement poussées jusqu'à leurs dernières conséquences (qui aboutissent à contredire les prémisses, comme on le verra en 1940). Leurs résultats déplorable conduisent les auteurs de la Constitution de 1958 à rompre brutalement avec elles. Le Parlement et le Gouvernement (y compris le Président de la République) sont deux organes institués par la Constitution et également subordonnés à elle. Cette dernière intervient non seulement pour limiter le domaine de la loi et restreindre les prérogatives du Parlement mais aussi pour combler le vide ainsi provoqué et réglementer directement les compétences du Gouvernement. Elle ne contient pas moins de cinq habilitations distinctes à édicter des règles de droit, chacune d'elles dotée d'un régime juridique spécifique et s'imposant au législateur.

La seconde raison technique qui explique la précision des textes constitutionnels en 1958 est l'institution d'un bicéphalisme gouvernemental. L'unité traditionnelle du pouvoir exécutif disparaît avec la combinaison de deux principes opposés : le maintien du régime parlementaire suppose le maintien d'un Premier Ministre doté de pouvoirs propres et responsable devant l'Assemblée Nationale ; le renforcement de l'autorité du Président de la République impose également qu'il exerce des pouvoirs distincts de ceux du Gouvernement proprement dit. Plusieurs dispositions constitutionnelles ont pour but de résoudre les problèmes nés de cette dualité de compétence qui se manifeste notamment en matière réglementaire.

Avant toute étude approfondie, il convient donc de déterminer les différentes catégories de pouvoir réglementaire qui sont fondées sur la Constitution puis d'en déterminer les titulaires.

Section I. — Les compétences réglementaires fondées sur la constitution.

Le Gouvernement et le Président de la République tiennent de cinq dispositions distinctes de la Constitution le pouvoir d'édicter des règles de droit. Trois d'entre elles concernent des hypothèses exceptionnelles : l'article 16 relatif aux pouvoirs de crise du Président de la République et l'article 38 qui constitutionnalise la pratique des décrets-lois sous le nom d'ordonnances, portent tous deux atteinte à la répartition normale des compétences entre législatif et exécutif. De même l'article 47 prévoit une procédure extraordinaire de mise en vigueur des lois de finances. Les deux dernières, par contre, ont une valeur permanente : l'article 21 maintient l'existence d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois et l'article 37 crée un pouvoir réglementaire autonome fondé directement sur la Constitution. Ces deux dernières dispositions nous semblent les seules à se situer pleinement dans le cadre de notre étude. Un examen rapide des deux premières montre en effet qu'elles posent des problèmes de nature très différente qu'il n'est guère possible d'aborder sans s'écarter de l'étude du pouvoir réglementaire.

§ 1. — L'article 16 et les pouvoirs de temps de crise du Président de la République

L'article 16, dans sa version définitive, est ainsi rédigé : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une menace grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ».

Cet article a soulevé de vives controverses juridiques et politiques lors de son élaboration et lors de sa première application (avril-septembre 1961). Mais elles portaient surtout sur des problèmes constitutionnels et ne concernaient qu'indirectement le pouvoir réglementaire proprement dit.

On a pu soutenir que les décisions prises en vertu de l'article 16 constituaient l'exercice d'un pouvoir réglementaire élargi à la mesure des circonstances. On se fonde pour cela sur la qualité de leur auteur, le Président de la République, qui est sans conteste une autorité administrative. Mais l'analogie avec la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles ne peut être poursuivie si l'on considère que la Constitution confère au Président des pouvoirs presque illimités. L'article 16 établit dans des conditions déterminées un régime de confusion des pouvoirs au profit du Président. Cette situation est difficile à concilier avec la notion de pouvoir réglementaire qui ne peut être séparée de celle de pouvoir législatif.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 2 mars 1962. *Sieur Rubin de Servens et autres* (AJDA 1962.224) renouvelle une analyse classique des actes pris en période de confusion ou de concentration des pouvoirs. La doctrine et la jurisprudence ont eu plusieurs occasions de l'utiliser. Les critères organiques généralement prédominants se révèlent inapplicables, on a alors recours à un critère matériel pour distinguer actes législatifs et actes administratifs qui émanent d'une autorité unique. Ce critère matériel se trouve particulièrement facile à appliquer dans le cadre de la Constitution de 1958. C'est pourquoi le Conseil, après avoir décidé que le recours à l'article 16 est un acte de Gouvernement (et *a contrario* l'acte mettant fin à son application), juge que cette décision a pour effet « d'habiliter le Président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivée et, notamment, à exercer dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire ».

L'article 16 dans cette interprétation qui s'impose en droit positif, ne fonde pas un pouvoir réglementaire spécifique. Il habilite le Président à exercer les compétences normalement dévolues à d'autres organes constitutionnels. Il n'intéresse la théorie du pouvoir réglementaire que dans la mesure où il réalise un dessaisissement du Premier Ministre qui est, nous le verrons, l'autorité réglementaire de droit commun. Mais le Président intervient dans le domaine réglementaire avec les mêmes prérogatives et les mêmes limitations que l'autorité normalement compétente.

Bien entendu, cette affirmation théoriquement exacte est pratiquement battue en brèche par la détention simultanée du pouvoir législatif et le maintien probable par la jurisprudence de sa propre théorie des circonstances exceptionnelles. Ainsi, un règlement illégal en période normale pourrait être considéré comme un acte législatif ou soumis à des règles moins strictes.

Si pendant la durée d'application de l'article 16, le Gouvernement peut continuer à exercer ses fonctions, il peut se poser un

problème de concurrence entre les décrets du Premier Ministre et les décisions du Président. En fait un conflit est peu vraisemblable (il n'en est pas de même en cas de concurrence avec le Parlement). Le Président de la République conserve le droit d'évoquer n'importe quelle décision et ses actes ont une valeur juridique indiscutablement supérieure à celle des décrets du Premier Ministre (cf. infra). Ce dernier n'exercera alors qu'un pouvoir réglementaire subordonné ou résiduel sans pouvoir porter atteinte aux décisions du Président.

Toutes ces raisons justifient, à notre sens, qu'il ne soit pas fait une étude approfondie de l'article 16 (1). Les ordonnances de l'article 38 posent des problèmes très différents.

§ 2. — L'article 38 et le pouvoir de légiférer par ordonnance

Les auteurs de la Constitution de 1958 ont utilisé plusieurs moyens pour enrayer le déclin de la loi et la décadence du pouvoir législatif. Ils ont rompu avec la tradition en instituant deux domaines distincts pour la loi et le règlement. Mais dans la mesure où le Gouvernement a été contraint d'allonger la liste des matières législatives sous la pression de l'opinion et du Comité Consultatif Constitutionnel, il a eu recours à une technique éprouvée, celle des décrets-lois, qui reprennent le nom d'ordonnances que leur avait donné le gouvernement du Général de Gaulle pendant la guerre et la période antérieure à la Constitution de 1946.

Cette extension du domaine de la loi au-delà des premières intentions du Gouvernement fait renaître le débat sur la lourdeur sinon la paralysie que peut provoquer l'intervention parlementaire et les inconvénients qui en résultent. Selon les termes de M. Michel Debré, « tous les mécanismes de l'Etat sont en quelque sorte enrobés dans de multiples textes législatifs qui sont autant de bandelettes à son action » (2). Le recours au décret-loi, c'est-à-dire à « un acte capable d'abroger (ou de modifier) les lois et

(1) Bibliographie :

L. HAMON : « A propos de l'article 16. Quelques questions juridiques » A.J.D.A. 1961.663.

J. LAMARQUE : « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution », R.D.P. 1961.623.

G. MORANGE : « Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 », D. 1962, ch. 109.

BARALE : « Tableau récapitulatif des mesures intervenues en vertu de l'article 16 de la Constitution », R.D.P. 1961.1249.

G. BERLIA : « Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application », R.D.P. 1962.288 sous C.E., 2 mars 1962. RUBIN DE SERVENS. Conclusions HENRY

(2) Cité par MONTANE DE LA ROCHE : l'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960 in *Mélanges MAURY*, tome II, p. 199.

que le Gouvernement, à la suite d'une habilitation parlementaire, ne peut prendre que pendant un certain délai ou sous réserve d'un dépôt aux fins de ratification » (selon la définition de M. Soubeyrol) devient à partir de 1924 la procédure la plus fréquente pour faire face à ces inconvénients.

Si la nécessité justifiait cette pratique, elle ne reposait sur aucun fondement constitutionnel. Elle était au contraire limitée par le principe traditionnel selon lequel les pouvoirs ne se déléguent pas et par l'article 13 de la Constitution de 1946 qui condamnait les abus commis sous la III^e République. La doctrine et la jurisprudence durent faire de grands efforts pour justifier les solutions positives au regard des dispositions constitutionnelles. Ces tentatives, plus ou moins convaincantes, n'ont plus d'intérêt immédiat puisque l'article 38 de la Constitution consacre la validité de ce procédé et en régit l'exercice. Elles ont cependant leur importance car elles ont orienté l'analyse juridique dans un sens déterminé : soucieuses de cohérence avec l'ensemble du régime politique français, la jurisprudence et la majorité de la doctrine ont refusé de considérer les habilitations parlementaires comme des délégations temporaires du pouvoir législatif. Elles ont adopté la seule solution conforme à la Constitution, il s'agit d'un élargissement exceptionnel du pouvoir réglementaire du Gouvernement. Les explications techniques ont été plus malaisées à trouver, ni la théorie de la délégalisation des matières ni celle de la suspension exceptionnelle de la hiérarchie des actes juridiques n'offraient de réponses pleinement satisfaisantes avant 1958. Mais ces théories, comme d'autres, conservaient le principe fondamental : le décret-loi non ratifié a une nature juridique d'acte réglementaire et le régime juridique qui en découle n'est modifié que sur les points touchants l'habilitation. Ce principe a été conservé pour les ordonnances de l'article 38.

1°) Nature juridique des ordonnances

L'article 38 n'apporte aucune solution explicite sur ce point qui a été controversé en raison des bouleversements apportés par la nouvelle constitution. Il se borne à réglementer l'institution :

« Le Gouvernement peut pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant une durée limitée, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordon-

nances ne peuvent plus être modifiées que par la loi, dans les matières qui sont du domaine législatif ».

La nature juridique de ces « mesures » doit donc être dégagée de cette réglementation.

Après quelques hésitations initiales, il est généralement admis que la séparation des domaines de la loi et du règlement n'a pas entraîné l'adoption d'un critère matériel de ces actes. Il n'est donc pas possible d'affirmer que les ordonnances ont une nature législative du seul fait qu'elles interviennent dans le domaine de la loi.

Il reste pourtant une conséquence de cette distinction. Elle résulte de l'interprétation *a contrario* de la dernière phrase de l'article 38 : les dispositions prises dans le domaine réglementaire sous forme d'ordonnances peuvent être modifiées par le Gouvernement après expiration du délai d'habilitation. Ces modifications peuvent être édictées à tout moment, par décrets ; la consultation préalable du Conseil Constitutionnel n'est pas requise, car il ne s'agit pas de textes de « forme législative » au sens de l'article 37, alinéa 2. Cette solution ne peut s'expliquer que si l'on reconnaît une nature réglementaire aux dispositions des ordonnances qui sont intervenues dans le domaine réglementaire (3).

Le problème reste entier pour le cas le plus fréquent : celui des « mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

La jurisprudence a maintenu son attitude constante qui se fonde sur des critères organiques et formels et la doctrine l'a peu à peu suivie dans cette voie.

L'ordonnance ayant pour auteur le Gouvernement, c'est-à-dire une autorité administrative (4), est par nature un acte administratif et plus précisément un acte réglementaire, abstraction faite du domaine dans lequel elle intervient. Elle garde cette nature jusqu'à sa ratification par le Parlement. Le dépôt d'un projet de loi de ratification est obligatoire, à peine de caducité, mais son vote ne l'est pas, de sorte qu'une ordonnance peut conserver indéfiniment sa nature administrative. A côté de la ratification formelle, le Conseil d'Etat admet de nombreuses hypothèses de ratification implicite. Dans tous les cas, l'intervention du Parle-

(3) Cette solution ne fait que reprendre une solution traditionnelle. C.E., 25 novembre 1938, Chambres de commerce de Pointe-à-Pitre et de Basse-terre, L. 880.

Elle peut être à l'origine de graves difficultés contentieuses.

(4) L'article 38 accorde le pouvoir de prendre des ordonnances au Gouvernement dirigé par le Premier Ministre, mais l'article 13 prévoit la signature du Président de la République. La question se pose donc de savoir quel est le rôle exact de ce dernier. Elle doit être résolue comme pour les décrets (Cf. paragraphe 2 de la section suivante). Le réalisme commande de voir dans la signature du Président une compétence propre. Il y a donc une dualité de compétence sur le plan du droit administratif mais ce n'est que la conséquence d'un problème constitutionnel plus vaste et difficile à exprimer en termes juridiques.

ment a pour effet de conférer un caractère législatif aux dispositions en cause (les dispositions prises dans le domaine réglementaire revêtent alors, sauf précision contraire, le caractère d'un acte de forme législative qui peut être modifié par décret après autorisation du Conseil Constitutionnel selon la procédure de l'article 37).

La ratification parlementaire modifie donc la nature juridique du décret-loi ou de l'ordonnance ; elle ne se borne pas à en accepter ou à en valider les dispositions. Il en résulte que le caractère administratif des ordonnances n'est que provisoire, même si ce provisoire dure longtemps. L'édition d'ordonnances ne peut guère être considérée comme l'exercice normal du pouvoir réglementaire d'autant plus que la Constitution de 1958 cherche visiblement à en restreindre l'usage (5). Cette impression est accentuée par l'étude du régime juridique des ordonnances.

2°) Régime juridique des ordonnances

L'ordonnance ratifiée a exactement le même régime juridique qu'une loi votée par le Parlement. Elle est insusceptible de contrôle contentieux et ne peut être modifiée que par une loi (ou une ordonnance légalement prise). La mesure gouvernementale est donc parvenue à son terme qui est d'être complètement assimilée à une loi.

L'ordonnance non ratifiée pose des problèmes beaucoup plus délicats. Elle a en principe le régime juridique d'un acte administratif réglementaire. Mais la portée de cette solution générale est limitée par le caractère exceptionnel des prérogatives et obligations conférées au Gouvernement par la Constitution et par la loi d'habilitation.

La principale conséquence du caractère administratif de l'ordonnance est sa soumission au contrôle contentieux. Le contrôle de légalité s'opère selon les procédures classiques du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (l'ordonnance étant sur ce point assimilée à un décret) et de l'exception d'illégalité devant tous les tribunaux où une ordonnance est en cause. Les moyens qui peuvent être invoqués à l'appui de ces recours présentent davantage d'originalité en raison de la place particulière que l'ordonnance occupe dans la hiérarchie des actes

(5) Pendant la première législature de la V^e République, le Parlement a adopté quatre lois d'habilitations dont les deux plus importantes (celle du 4 février 1960 sur le maintien de l'ordre et celle du 26 décembre 1961 sur les rapatriés) sont relatives au problème de la décolonisation. La loi du 8 août 1962 est restée inutilisée et celle du 30 juillet 1960 a donné lieu à cinq ordonnances prises pour lutter contre certains fléaux sociaux. La seconde législature semble vouloir en faire un usage encore plus restreint (loi du 14 décembre 1964, sur l'application de directives de la C.E.E.). La troisième législature débute au contraire par une délégation extrêmement vaste.

juridiques. Elle n'est tenue de respecter les dispositions d'aucun autre règlement administratif car il serait paradoxal qu'elle puisse modifier une loi et non son règlement d'application. Comme tous les actes administratifs, en revanche, elle est liée par les règles constitutionnelles et par les principes généraux du droit, qu'ils émanent directement ou non de la Constitution tels qu'ils ont été dégagés par le Conseil d'Etat (CE 24 novembre 1961. Fédération Nationale des Syndicats de police. AJDA 1962.313. CE 19 octobre 1962. Canal. AJDA 1962-626 par analogie).

Ces points ne présentent pas de difficultés : ils signifient que l'ordonnance pénètre dans le domaine de la loi mais n'en a pas la puissance. Il n'y a pas délégation du pouvoir législatif car l'ordonnance est soumise à certains principes généraux qui ne s'imposent ni en droit, ni en fait à la loi (principe de non-rétroactivité sauf en matière pénale par exemple). C'est la nature des relations entre l'ordonnance et la loi qui donne une physionomie très spéciale au régime juridique de la première.

L'ordonnance est soumise à la loi d'habilitation en vertu de l'article 38. Le Parlement précise les conditions posées par la Constitution : les formes d'habilitation, sa durée (notamment les délais d'exercice des pouvoirs spéciaux et ceux de la ratification) et son objet (le domaine ou plus souvent le but de l'habilitation). Il peut tirer les conséquences implicites de l'article 38 : ces pouvoirs étant accordés pour l'exécution du programme du Gouvernement, leur existence peut être expressément liée au maintien en fonction du Gouvernement qui en bénéficie. Le Parlement peut aussi ajouter des conditions nouvelles : la loi du 4 février 1960 subordonne l'habilitation au maintien en fonction du Président de la République. En l'absence d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, la loi d'habilitation est libre de déterminer à sa guise la compétence du Gouvernement ; la soumission de l'ordonnance aux principes généraux du droit dépend simplement de l'objet plus ou moins large de l'habilitation (CE 3 novembre 1961. Camiani. D 61.723).

Cette dépendance spéciale à l'égard de la loi d'habilitation a pour effet de l'affranchir de sa dépendance à l'égard des autres dispositions législatives. Elle entraîne une exception au principe de la hiérarchie des actes juridiques. « Ce n'est pas la nature de l'un ou l'autre des actes en présence qui est changée : la loi reste loi et le décret reste décret ; c'est le principe de la soumission du décret à la loi qui est levé ». Cette analyse de M. Chapus faite à propos des décrets-lois est toujours valable pour les ordonnances. L'ordonnance est bien un acte administratif jusqu'à sa ratification mais jusqu'à l'expiration d'un certain délai elle n'est plus soumise au respect de la loi dans les matières qui ont fait l'objet de l'habilitation : elle peut modifier, abroger ou remplacer les lois existantes.

Entre la date d'expiration de l'habilitation et celle de l'expiration du délai imparti au Gouvernement pour déposer un projet de loi de ratification ou plus exactement entre la première date et celle de la ratification parlementaire, l'ordonnance reste un acte administratif mais la hiérarchie normale des actes reprend ses droits : l'ordonnance est toujours soumise au contrôle du juge mais, intervenue dans le domaine législatif, elle ne peut plus être modifiée que par une loi. Un décret ne saurait prendre des mesures réservées à la loi par la Constitution. Il existe donc une période assez curieuse pendant laquelle l'ordonnance garde sa nature administrative mais se trouve hors de la compétence du Gouvernement.

Pour une part, le régime juridique de l'ordonnance ne présente pas d'originalité marquée. Les éléments les plus remarquables tiennent davantage aux relations entre les pouvoirs publics, c'est-à-dire au droit constitutionnel, qu'à la théorie du pouvoir réglementaire. Au surplus, l'ensemble de ces problèmes a fait l'objet d'études nombreuses et remarquables. Ces observations peuvent suffire pour justifier une étude sommaire de ce pouvoir réglementaire somme toute exceptionnel (6).

§ 3. — Les autres catégories d'ordonnances

1°) Les ordonnances de l'article 47, 3° alinéa

« Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de 70 jours (à compter du dépôt du projet de loi de finances) les dispositions de ce projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance ».

L'identité de terminologie ne doit pas masquer la différence de régime avec les ordonnances de l'article 38 : l'habilitation résulte directement de la Constitution, sans intermédiaire législatif. La compétence du Gouvernement est limitée à la mise en vigueur du projet qu'il a déposé devant le Parlement. Aucune ratification parlementaire n'est prévue.

On peut néanmoins conclure à l'analogie de nature : les ordonnances de l'article 47 peuvent être considérées comme de nature réglementaire. Le contrôle de légalité est théoriquement possible bien qu'un moyen de fond semble difficile à invoquer. Il est d'autant plus difficile d'en décider que cet article n'a jamais été utilisé et ne semble pas devoir l'être fréquemment. Il s'agit d'une mise en garde à l'égard du Parlement plus que

(6) *Bibliographie*, outre les manuels et traités :
CH. DEBBASCH : *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution...* J.C.P. 1962.I.1701.

MONTAÑE DE LA ROQUE : *L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960.*

Mélanges MAURY, tome II.199.

d'un pouvoir de substitution du Gouvernement. Le fait que le recours à cette procédure reste facultatif est assez révélateur (7).

2°) Les ordonnances de la loi du 13 avril 1962

Cette loi adoptée par référendum le 8 avril 1962 permet au Président de la République d'adopter, par voie d'ordonnances, toutes mesures législatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 sur l'Algérie. Cette habilitation prévue en marge de toute règle constitutionnelle n'a pu faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité en raison de son adoption par le suffrage universel. Bien qu'émanant d'une loi, elle trouve sa place ici car le Conseil d'Etat a assimilé les ordonnances prises pour son application à celles de l'article 38, à ceci près qu'aucune ratification n'est prévue dans le premier cas. L'émotion soulevée par l'arrêt Canal du 19 octobre 1962 (AJDA 1962.626) a conduit le Parlement à valider rétroactivement et ratifier toutes les mesures adoptées en exécution de la loi du 13 avril 1962 (loi du 15 janvier 1963). Le contrôle contentieux n'est donc plus possible (CE 10 mai 1963. RDP 1964.501).

§ 4. — Les pouvoirs réglementaires ordinaires et permanents

Il reste donc à étudier deux dispositions constitutionnelles qui attribuent au Gouvernement des compétences permanentes en matière réglementaire. L'article 21 s'insère dans une longue tradition en confiant au Gouvernement le pouvoir d'exécution des lois. L'article 37 innove en l'investissant d'un pouvoir réglementaire fondé directement sur la Constitution. Chacune de ces deux compétences méritent une étude approfondie qui sera faite dans les deux chapitres suivants. Mais la détermination de leurs titulaires pose un certain nombre de problèmes communs qui justifient un examen préalable.

Section II. — Les titulaires des pouvoirs réglementaires fondés sur la constitution.

Le terme générique de décrets qui qualifie les actes des autorités centrales pris en application des dispositions constitutionnelles leur conférant un pouvoir réglementaire ne doit pas masquer la variété, voire la confusion qui règne en la matière. Les différences formelles et procédurales créent, à elles seules, une hiérarchie des décrets. Le « bicéphalisme » institué en 1958 et la collégialité qui remonte aux origines du régime parlementaire viennent introduire des préoccupations de compétences,

(7) Cf. TROTABAS, *Institutions Financières* 1962, n° 56 et 63 qui conclut pour le caractère réglementaire de l'ordonnance.

source d'un vice encore plus grave que le vice de forme. Le Premier Ministre est l'autorité de droit commun en matière réglementaire. Mais la signature du Président de la République et le contreseing des ministres ne révèlent-ils pas l'exercice d'une compétence ?

§ 1. — La compétence du Premier Ministre

L'article 21 de la Constitution fonde explicitement la compétence du Premier Ministre en disposant qu'il « exerce le pouvoir réglementaire » et qu'il « assure l'exécution des lois » entre autres prérogatives. Le Premier Ministre est le chef du Gouvernement ; il est donc chargé au premier chef de déterminer et de conduire la politique de la Nation. L'exercice du pouvoir réglementaire est l'une des attributions les plus importantes qui lui soient conférées pour lui permettre de remplir ses fonctions (8).

Sur ce point, la Constitution de 1958 ne fait qu'imiter celle de 1946 qui avait conféré une compétence analogue au chef du Gouvernement qui portait alors le nom de Président du Conseil des Ministres (article 47). Dans les deux cas, il s'agissait d'accorder le pouvoir à celui qui en était le titulaire effectif. Ainsi s'effaçait la règle traditionnelle qui faisait du chef de l'Etat le titulaire formel du pouvoir réglementaire (par exemple article 3 de la Constitution de 1875).

La nouveauté de 1958 est dans l'élargissement du pouvoir réglementaire ou plus exactement dans l'introduction d'un pouvoir autonome à côté de l'exécution des lois. Cette nouveauté n'apparaît pas dans la détermination du titulaire de la compétence. La même autorité, le Premier Ministre, détient les deux pouvoirs et les exerce dans les mêmes conditions. A de rares exceptions près la hiérarchie de ses actes n'est pas affectée par cette dualité.

La distinction des décrets du Premier Ministre se fait en fonction des procédures exigées pour leur élaboration. Plusieurs règles d'origine jurisprudentielles ont fait de cette distinction le fondement d'une hiérarchie (9).

Tout d'abord, et vraisemblablement pour éviter une rigidité excessive, une formalité ou une procédure ne prennent valeur obligatoire et ne s'insèrent dans la hiérarchie que si elles sont prévues par un texte légal ou réglementaire. Une consultation spontanée en particulier est toujours possible si elle porte pas

(8) Ce qui montre bien l'évolution des idées politiques : une compétence est conçue moins comme un pouvoir limitant la liberté que comme un moyen accordé pour parvenir à une fin d'intérêt général.

(9) Pour plus de détails, cf.

Pour la IV^e République : QUERMONE, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques*. Thèse Caen, 1952

Pour la V^e REPUBLIQUE : LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires*. Thèse Poitiers 1964.

atteinte à la règle de compétence et si elle n'est pas inconciliable avec une procédure légale. Mais elle n'engage pas l'avenir et « l'avis recueilli lors de l'émission de l'acte primitif n'a pas besoin d'être sollicité à nouveau lorsque cet acte vient à être modifié » (10).

Le principe du parallélisme ne joue que pour les règles légalement instituées mais sa mise en œuvre par la jurisprudence reste très nuancée.

Le parallélisme des compétences doit être exactement respecté. Cette exigence ne vaut pas seulement pour l'auteur de la décision mais aussi pour tous les organismes, même consultatifs, qui participent à son élaboration : l'acte pris après consultation du Conseil Economique et Social, du Conseil Supérieur de la Fonction Publique ou du Conseil Supérieur de l'Education Nationale, pour citer trois exemples importants, ne peut être modifié ou abrogé que par un acte pris dans les mêmes conditions (11).

Mais dans certains cas l'avis d'un organisme consultatif n'est que l'élément d'une procédure à l'égard de laquelle le principe de parallélisme s'applique moins strictement, en raison notamment de la théorie de l'acte contraire. Enfin, le parallélisme des formes ne joue qu'à l'égard des formalités substantielles, c'est-à-dire celles que le Conseil d'Etat estime devoir influencer sur le sens de la décision.

La pratique tend d'ailleurs à réduire le nombre des cas où ces procédures sont obligatoires ou du moins le nombre des cas où ces procédures sont imposées au Gouvernement par une loi.

Ces règles de forme au sens large établissent une véritable hiérarchie des actes selon le degré de solennité de la procédure d'élaboration. Il s'agit de l'hypothèse où le Conseil d'Etat est consulté. A l'échelon inférieur de la hiérarchie se trouve le décret simple pris par le Premier Ministre sans intervention du Conseil d'Etat. Au-dessus, le décret en Conseil d'Etat est pris après avis d'une ou plusieurs sections du Conseil. Enfin, le règlement d'administration publique et le décret en forme de R.A.P. exigent l'intervention de l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat. Ils ne peuvent être pris que sur l'invitation formelle du législateur et les R.A.P. seulement pour l'application d'une loi déterminée : ils n'existent donc que dans le domaine du pouvoir réglementaire subordonné. Mais la Constitution exige que certains règlements autonomes soient pris en Conseil d'Etat et la réforme du Conseil intervenue le 30 juillet 1963 (décret 63-766, article 21) étend la compétence de l'Assemblée Générale aux décrets pris en applica-

(10) Cf. AUBY, *Le régime juridique des avis dans la procédure administrative*, A.J.D.A. 1956.53, notamment p. 56 et sq.

(11) Cf. C.E., 1^{er} décembre 1931. Fédération générale des fonctionnaires CGT-FO, A.J.D.A., 1962.312.

C.E., 19 octobre 1962. Syndicat national autonome des personnels du Conseil Supérieur de la pêche... A.J.D.A. 1963.163 (non-consultation du C.S.F.P.).

tion de l'article 37. Le parallélisme est donc à peu près rétabli. L'importance de cette consultation est soulignée par la sanction que le Conseil statuant au contentieux y attache : le défaut de consultation est assimilé à une incompétence, ce qui permet au juge de l'invoquer d'office (12).

Il existe enfin une procédure encore plus solennelle pour édicter les décrets : la délibération en Conseil des Ministres. Mais son effet essentiel est d'entraîner la compétence du Président de la République.

§ 2. — La signature du Président de la République

La compétence du Premier Ministre s'étend en effet « sous réserve des dispositions de l'article 13 ». Ce dernier prévoit que le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres. Sa portée juridique est assez délicate à dégager (13).

1°) Dans la Constitution de 1946, le Président de la République était dépouillé de toute compétence en matière réglementaire (sauf dans les territoires d'Outre-Mer en vertu de l'article 72). La Constitution de 1958 ne parle que de signature et rien dans les travaux préparatoires ne permet de trancher l'alternative : l'article 13 attribue-t-il au Président l'exercice pur et simple du pouvoir réglementaire ou lui confie-t-il une attribution protocolaire liée à sa qualité de président du Conseil des Ministres ?

Les deux thèses peuvent également être soutenues (14). Le doute n'est plus possible après quelques années de pratique constitutionnelle. Le premier Président de la V^e République n'a pas considéré les dispositions de l'article 13 comme une simple marque de déférence à son égard. Il a estimé, au contraire, que le droit de signer impliquait le droit de ne pas signer et donc le droit d'obtenir des amendements, de sorte que « c'est lui qui sur leur rapport (des ministres) prend sous forme de décrets et d'ordonnances toutes les décisions importantes de l'Etat » (allocution du Général de Gaulle, 30 septembre 1962).

Cette interprétation de la Constitution a rencontré l'accord de la doctrine car, en définitive, elle est conforme à l'esprit général des institutions : elle manifeste sur ce point la tendance des textes, accentuée encore par la pratique, à renforcer l'autorité

(12) C.E., 25 janvier 1957, *KEINDT SERIGNE* L. 63. C.E., Ass. 13 juillet 1965 d'Alexis, L. 428.

Cf. aussi chapitre suivant : la détermination par la loi des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire.

(13) *MATHIOT : Le partage d'autorité entre le Président de la République et le Premier Ministre dans la Constitution de 1958. Etudes juridiques de l'Association Cujas*, pp. 12 et sq.

(14) Cf. DE SOTO, *La loi et le règlement dans la Constitution de 1958*, R.D.P. 1959.240.

du Président (15). Elle a été adoptée par le Conseil d'Etat dans des arrêts du 27 avril 1962, *Sicard et Syndicat national des élèves conseillers...* (AJDA 1962.295, chr. RDP 1962.322, note Waline). Un considérant précise en effet qu'à « l'exception des décrets délibérés en Conseil des Ministres, le Président de la République n'exerce pas le pouvoir réglementaire ». On peut en déduire *a contrario* que l'article 13 lui confère une véritable compétence.

2°) Cette solution a pour conséquence de créer une certaine dualité du pouvoir réglementaire qui ne recoupe pas la dualité des articles 21 et 37. La compétence du Président peut s'étendre aussi bien à l'exécution des lois qu'à l'édiction de règlements autonomes. Mis à part le cas des ordonnances, son intervention n'est obligatoire dans aucun cas (16) ; mais n'importe quelle question peut être évoquée devant le Conseil des Ministres. Cette évocation n'est justifiée que si la mesure en cause pose des problèmes politiques, les problèmes techniques restant de la compétence des services ministériels. Juridiquement, le choix de l'une ou l'autre procédure est discrétionnaire ; l'imprécision des domaines respectifs laisse toujours subsister la menace d'un conflit possible.

La dualité de compétence a l'avantage de résoudre certaines difficultés relatives à la place des décrets délibérés en Conseil des Ministres dans la hiérarchie des actes. Ces difficultés étaient pratiquement insolubles sous l'empire de la Constitution de 1946 où le Président du Conseil était le seul auteur de tous les décrets (17). La position respective de leurs deux auteurs impose désormais la supériorité des décrets du Président sur ceux du Premier Ministre. Comme auparavant il existe une supériorité formelle, la délibération en Conseil des Ministres constituant une procédure particulièrement solennelle. Il s'y ajoute une supériorité organique : sans être le supérieur hiérarchique du Premier Ministre, le Président de la République est indiscutablement « l'autorité administrative suprême ». Au sein des deux séries de décrets hiérarchisés selon leur auteur, toute la gamme des procédures consultatives peut être utilisée, selon les règles évoquées à propos du Premier Ministre (18).

La place élevée des décrets délibérés en Conseil des Ministres

(15) Cf. DUVERGER, *Droit Constitutionnel...* 5^e éd., p. 527. DE LAUBADERE, *Traité de Droit Administratif*, 3^e éd., p. 25. RIVERO, *Droit Administratif* 2^e éd., p. 64. VEDEL, *Droit Administratif*, p. 23-24.

(16) Il faut toutefois souligner qu'une loi peut disposer que ses règlements d'application seront délibérés en Conseil des Ministres et donc signés par le Président. Cette hypothèse est assez rare. Cf. chapitre suivant.

(17) C.E., 15 juillet 1954. Société des aciéries et forges de Saint-François (un décret délibéré en Conseil des ministres peut modifier un RAP).

C.E., 1^{er} décembre 1961. *PILLET* (A.J.D.A. 1962.14), (un RAP peut modifier un décret en Conseil des Ministres).

(18) Sur tous ces points, cf. Thèse LACHAUME précitée.

s'accorde assez bien avec le caractère exceptionnel du recours à cette procédure : l'exigence de la délibération restreint considérablement ses possibilités d'expansion. La volonté du Président d'intervenir activement dans la conduite de la politique gouvernementale a fait naître un second problème : celui du « régime juridique des décrets réglementaires signés par le Président de la République sans délibération préalable du Conseil des Ministres » (19). La question avait déjà été résolue implicitement par un arrêt du 24 février 1961, (AJDA 1961.192). Le Président de la République est incompétent puisqu'il empiète sur les prérogatives constitutionnelles du Premier Ministre, mais cette illégalité est couverte par la signature du Premier Ministre. « Ce système a pour conséquence de rendre inopérante la signature du Président de la République et entraîne une disqualification des règlements édictés dans ces conditions. Contrairement à la volonté de leurs auteurs, de tels décrets doivent être considérés comme des décrets du Premier Ministre et non comme des décrets du Président de la République » (19). « Cette jurisprudence n'est évidemment guère formaliste ;... (elle) suppose l'unité du pouvoir exécutif, car si le Président de la République et le Premier Ministre avaient été regardés comme détenteurs de pouvoirs d'une nature juridique ou d'une essence différente, il aurait été inconcevable que l'incompétence de l'une de ces autorités fut couverte par la compétence de l'autre » (19). Il en résulte qu'un décret du Premier Ministre peut modifier un décret signé par le Président. (CE 23 juin 1965. Syndicat des conseillers aux affaires administratives. RDP 1966.366).

L'attitude du Conseil d'Etat s'explique aisément par l'ampleur qu'a pris cette pratique. Selon une étude récente (20), depuis un décret du 30 janvier 1959 relatif aux attributions du ministre de l'information qui contrevient ainsi à la règle adoptée la semaine précédente selon laquelle « les attributions des ministres sont fixées par décrets délibérés en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat » (décret pris le 22 janvier par le Premier Ministre), le chef de l'Etat n'a pas signé moins de 346 décrets réglementaires non délibérés en Conseil des ministres : 39 en 1959, 69 l'année suivante, 76 en 1961, 101 en 1962, 48 en 1963, enfin 12 jusqu'au 22 mars 1964. De plus ces décrets interviennent dans toutes les matières, montrant ainsi qu'il n'existe plus de domaine réservé du Président de la République mais une compétence universelle et un droit d'évocation général.

(19) Titre et citations d'une chronique à l'A.J.D.A. 1962-284, sous les arrêts précités.

C.E., 27 avril 1962, SICARD et autres.

C.E., 27 avril 1962, Syndicat national des élèves-conseillers et conseillers au travail et à la législation sociale.

(20) Lino Di Qual, *Le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat sous la V^e République. Naissance et disparition de la notion de domaine réservé. Mémoire de DES 19 avril 1964.*

Dualité ou unité ? Il est difficile de trancher sur le plan du droit administratif (21). Il s'agit en réalité des conséquences d'un problème constitutionnel. Le Président de la République exerce bien un pouvoir qui lui est propre. Mais le Premier Ministre participe à cet exercice au regard du droit constitutionnel : il en assume en effet la responsabilité politique devant le Parlement en vertu de la règle du contreseing et la délibération du Conseil des ministres exprime la solidarité gouvernementale. C'est pourquoi il n'est ni possible ni souhaitable de pousser trop loin la dualité des compétences qui se manifeste sur le plan technique et administratif. Le contreseing des ministres est une règle constitutionnelle qui rencontre les mêmes difficultés pour trouver son expression en droit administratif.

§ 3. — Le contreseing des ministres

La règle du contreseing a une portée constitutionnelle : elle est historiquement liée au régime parlementaire car elle permet de contrôler les actes du chef d'Etat irresponsable ; elle conserve cette signification dans l'hypothèse du contreseing par le Premier Ministre des actes du Président de la République. Elle a pris aussi une fonction technique car elle permet d'associer les ministres à la mise en œuvre de la politique gouvernementale. Cette seconde fonction est actuellement très importante dans la mesure où les ministres ne disposent pas *ex officio* du pouvoir réglementaire et doivent faire appel à la réglementation décrétable qui leur « procure l'action » selon une formule connue.

1°) Les règles relatives au contreseing ont été modifiées en 1958. L'article 47 alinéa 4 de la Constitution de 1945 prévoyait le contreseing des « ministres intéressés ». Cette notion s'est révélée assez difficile à préciser (22). Elle est abandonnée en 1958 à la demande du Conseil d'Etat qui lui substitue une formule moins incertaine. Cette réforme est d'autant plus urgente que le correctif antérieur perd de sa valeur : le texte en vertu duquel le décret est intervenu peut indiquer les ministres chargés de contresigner mais cette solution n'est pas applicable aux règlements autonomes.

L'article 22 de la Constitution prévoit que les actes du Premier Ministre sont contresignés par les ministres chargés de leur

(21) Ainsi les ordonnances qui sont toujours signées par le Président de la République se rattachent néanmoins à la compétence du Premier Ministre puisque le pouvoir de les prendre est accordé au Gouvernement dont il est le chef « pour l'exécution de son programme », cf. supra.

(22) C.E., 6 juillet 1960. Syndicat CGT-FO de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur R.P.D.A. 1960, n° 280.

C.E., 10 juillet 1954, Fédération des parents d'élèves des écoles publiques L. 449.

C.E., 24 juin 1955. Syndicat national des ingénieurs de la navigation aérienne L. 353.

exécution ; l'article 19 dispose que ceux du Président de la République sont contresignés par le Premier Ministre et par les ministres responsables. Ces deux notions ne coïncident pas nécessairement et la seconde est plus restreinte que la première.

La jurisprudence décide que l'article 22 concerne tous les ministres chargés de prendre les mesures, réglementaires ou particulières, d'exécution du décret alors que l'article 19 ne s'applique qu'aux ministres dont les attributions s'étendent à la matière traitée (23). Les arrêts précités du 27 avril 1962, Sicard et Syndicat national... mettent en œuvre cette distinction dans le cas d'un décret sur le reclassement des agents du ministère de la France d'Outremer. Le ministre responsable est celui de la Fonction Publique, les ministres chargés de l'exécution sont tous ceux dont relèvent les corps de reclassement ; la disqualification du décret entraîne son annulation pour défaut de contreseing.

« L'application de cette formule, qui nous paraît nécessiter l'intervention d'un plus grand nombre de ministres, vient ici compenser l'absence d'une autre formalité que suppose l'application de l'article 19, la délibération en Conseil des Ministres : celle-ci, dans le cas des décrets signés par le Président de la République dans le cadre de sa compétence constitutionnelle, assure la consultation de tous les ministres ; il est alors possible de limiter le contreseing aux seuls ministres responsables de la matière traitée ». Cette citation du commissaire du Gouvernement Ordonneau dégage très nettement la signification et la portée de ces règles de contreseing.

Elle permet aussi de comprendre pourquoi le Conseil d'Etat, s'appuyant sur des notions précises, contrôle très strictement leur application. Il vérifie si les contreseings exigés ont bien été donnés (pour l'article 19 : CE 27 mai 1960. Lagailarde. L. 369) et annule les décrets insuffisamment contresignés (pour l'article 22 : CE 1^{er} février 1963. Syndicat national du personnel des organismes d'assurances. RA 1963, p. 40, note Lietvaux). Il est même allé jusqu'à admettre que le ministre des affaires culturelles excipe de l'illégalité d'un décret concernant son département et non contresigné par lui, et refuse de l'exécuter (CE 25 janvier 1963. Lemaesquier. AJDA 1963.100. Chr. à propos de l'Académie de France à Rome).

2°) Cet arrêt pose clairement le problème de la nature juridique du contreseing et par conséquent le problème du rôle des ministres dans l'élaboration des décrets.

La jurisprudence fournit sur ce point des indications assez contradictoires. Certaines solutions permettent de considérer le contreseing comme une règle de forme. Un décret peut être revêtu de plus de contreseings qu'il n'est requis (CE 30 octobre

(23) « Les ministres responsables sont ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des décrets », C.E., 10 juin 1966 Pelon et autres. Concl. Galabert, A.J.D.A. 1966.492.

1958. Union mutuelle immobilière. L. 811). Le juge administratif semble adopter cette analyse. Il annule souvent pour vice de forme (CE 12 juillet 1957. Chambre de commerce d'Orléans et du Loiret. RPDA 57, N° 318) ; il suit ses commissaires du gouvernement lorsqu'ils expriment cette opinion (conclusions Jouvin sous CE 21 février 1958. Fédération Nationale des travailleurs du sous-sol et Cayrol. L. 122. Conclusions Ordonneau sous CE 27 avril 1962. Sicard... précité) ; surtout il ne semble pas invoquer d'office le moyen comme il devrait le faire en cas d'incompétence.

Mais d'autre part, certaines solutions ne peuvent s'expliquer que si le contreseing exprime la compétence d'un ministre. La règle du parallélisme des formes veut qu'un décret modificatif soit revêtu des mêmes contreseings que le décret modifié (CE 12 juillet 1957. Chambre de Commerce d'Orléans... précité). Pourtant, le Conseil d'Etat admet que pour des modifications partielles, seul est indispensable le contreseing des ministres intéressés par ces modifications. (CE 1^{er} février 1961. Crespel. RPDA 1961. N° 75). Il y a donc une dissociation entre la forme et le fond de l'acte en ce qui concerne la compétence du ministre. De plus, il est admis depuis longtemps qu'une décision qui doit être prise par arrêté peut valablement faire l'objet d'un décret, si le ministre compétent l'a contresigné (CE 8 mai 1914. Syndicat des employés civils de l'artillerie. L. 542. CE 26 octobre 1945. Mattei, conclusions Oüent. EDCE 1947-1948. CE 24 février 1960. Lejeay. L. 141).

La jurisprudence est donc extrêmement nuancée. Malgré tout, elle s'attache davantage au fond qu'à la forme ; elle ne prend en considération que les formalités substantielles ; elle utilise, semble-t-il, le moyen du vice de forme pour garantir le respect de la compétence ministérielle, mais elle est obligée de reconnaître l'unité constitutionnelle du Gouvernement (notamment dans le cas de la substitution du décret à l'arrêté). Il y a un décalage entre la pratique administrative selon laquelle les décrets sont le plus souvent l'œuvre des ministres, le droit constitutionnel qui souligne l'unité et la solidarité du Gouvernement et le droit administratif qui attribue des compétences distinctes à des autorités uniques (24). Malgré des difficultés superficielles, la jurisprudence s'attache, à juste titre, à assurer la participation effective du ministre à l'activité gouvernementale (25).

(24) Exemple de ce décalage ; C.E., 20 mars 1964, Ass. Sieurs DATICHE et autres, L. 194 : en vertu d'un texte, le ministre de la Santé est tenu de « concourir à l'adoption d'une politique du logement familial ». Le Conseil estime que cela ne lui donne pas compétence pour contresigner un décret relatif à la comptabilité des offices d'H.L.M.

(25) Outre la bibliographie déjà citée, cf. AUBY et DRAGO, *Traité de Contentieux administratif*, n° 1058 et 1076.

CONCLUSION

Ce rapide examen des compétences réglementaires du Gouvernement en montre la diversité. L'étendue des attributions est aussi variée que leur titulaire effectif.

Même en se limitant aux compétences régulières et permanentes qui sont exercées par voie de décret, « sous ce nom couramment utilisé et difficilement remplaçable, figurent des dispositions présentant autant de différences que de similitudes... Il serait certes souhaitable qu'une terminologie mieux appropriée vienne prendre la relève de ce vieux mot qui ne souffre, au fond, aucune définition, ni matérielle, ni organique, ni formelle. Mais la commodité même de sa polyvalence rend particulièrement difficile une succession aussi chargée » (26).

Cette polyvalence que remarquait déjà M. Quermonne sous l'empire de la Constitution de 1946, s'est encore accentuée en 1958, ce qui souligne encore sa commodité. A la compétence du chef du Gouvernement s'est superposée celle du chef de l'Etat. A cette dualité de titulaires s'ajoute une dualité de domaine : l'Exécutif n'a plus pour seule fonction l'exécution des lois, un Gouvernement bicéphale détient en outre le pouvoir normatif de droit commun.

CHAPITRE II

LE POUVOIR REGLEMENTAIRE D'EXECUTION DES LOIS

Le pouvoir réglementaire est historiquement et logiquement indissociable du pouvoir législatif. La notion de règlement ne prend son sens que par rapport à celle de loi puisqu'elles ne se distinguent pas matériellement. Le règlement n'apparaît que lorsque la loi devient l'expression de la volonté générale ou plus simplement la règle de droit votée par le Parlement. Il est donc une conséquence et une certaine interprétation du principe de la séparation des pouvoirs mis en œuvre à partir de la Révolution de 1789. Le règlement se définit par rapport à la loi qui émane d'un pouvoir différent et supérieur, dans l'exercice d'une fonction différente, bien qu'il présente les mêmes caractères matériels de généralité et d'impersonnalité.

L'idéologie révolutionnaire voulait faire de la loi la seule source du droit : l'Administration dénuée de caractère représentatif avait pour fonction l'exécution des lois par des décisions individuelles ou matérielles. Sous l'empire des nécessités pratiques, elle reçoit peu à peu un pouvoir réglementaire pour exercer sa fonction. La théorie libérale, plus réaliste que la philosophie des lumières, admet ce fait acquis mais conserve la primauté de la loi en faisant du règlement une simple mesure d'exécution. La doctrine classique et la jurisprudence systématisent et l'existence d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois attribué au chef de l'Etat par la Constitution devient un des principes fondamentaux du droit public français. Le règlement s'oppose donc à la loi par sa nature même mais s'associe intimement à elle dans son exercice. Ces deux traits, en apparence opposés, s'harmonisent remarquablement avec le régime représentatif et parlementaire qui domine en France et dans l'Europe libérale. Ce régime repose sur la distinction et la collaboration des pouvoirs dits législatif et exécutif. La théorie du pouvoir réglemen-

(26) Thèse QUERMONNE précitée, p. 193.

taire n'est qu'une modalité de la théorie de tout le régime politique. Leur formation coïncide, de même que leur âge d'or et actuellement leur déclin.

La Constitution de 1958 est la traduction sur le plan institutionnel du déclin qui affecte le pouvoir d'exécution des lois et l'ensemble du régime parlementaire depuis 1930 environ. Elle est une tentative pour enrayer ce déclin par une rationalisation des procédures et des compétences : elle cherche à assurer le maintien d'une institution en limitant son champ d'application, sa portée, le mode d'exercice et l'étendue de ses pouvoirs. A ces différents points de vue, l'exécution des lois subit une profonde transformation qui vise à éliminer les principaux facteurs de perturbation de jadis. Elle subsiste avec ses traits essentiels mais il reste à savoir si elle n'est pas altérée dans sa nature même par les changements constitutionnels qui agissent directement ou non sur elle. Une institution ne se définit pas seulement par ses caractères internes, mais aussi par ses relations avec l'ensemble dont elle fait partie. Le changement d'équilibre global a virtuellement éliminé l'aspect parlementaire du régime de la V^e République. Le pouvoir d'exécution des lois subit-il une dégradation parallèle ou sort-il fortifié de sa réforme ? Une réponse n'est possible qu'après l'analyse successive de ses principaux aspects :

- évolution historique,
- champ d'application,
- portée,
- mode d'exercice,
- étendue des prérogatives exercées.

Section I. — Evolution historique du pouvoir d'exécution des lois.

§ 1. — La formation du pouvoir réglementaire

Le droit général de faire des règlements pour l'exécution des lois n'est pas apparu tout de suite sous la Révolution ; car les constituants étaient peu favorables à une telle prérogative qui leur semblait porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Selon la Constitution de 1791, il semble que seule l'Assemblée Législative peut prendre des dispositions générales. « Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou en rappeler l'exécution » (Titre III. Chapitre IV. Section I. Article 6 de la Constitution du 3 septembre 1791). Ces proclamations en sont pas des règlements complémentaires mais des mesures de publicité qui à certains égards peuvent être comparées aux arrêtés municipaux destinés à rappeler de nouveau les lois et règlements sans rien ajouter à leur force propre

(art 81 C.A.C.). L'Assemblée établit ses propres règlements d'application sous le nom « d'instructions législatives ».

Mais les besoins pratiques altèrent rapidement la rigueur doctrinale de cette solution. Déjà sous l'empire de la Constitution de 1791, le Roi fait des règlements complémentaires soit à la demande de l'Assemblée, soit même spontanément. Si la monarchie limitée avait pu se stabiliser, il n'est pas douteux que la solution se serait imposée une quarantaine d'années plus tôt qu'elle ne le fit effectivement.

La Convention met un terme à cette évolution en concentrant tous les pouvoirs entre les mains de l'Assemblée. La réaction thermidorienne remet en honneur la séparation des pouvoirs. « Le directoire pourvoit, d'après les lois, à la sécurité intérieure et extérieure de la République. Il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution ». L'article 141 de la Constitution du 5 Fructidor An III reprend à peu près les termes employés en 1791 mais il n'y a plus d'hésitation sur le sens à leur attribuer : le Directoire est investi d'un véritable pouvoir réglementaire dont il use couramment. Désormais, le principe est acquis et figure dans toutes les Constitutions. En ce qui concerne le Consulat et l'Empire, l'article 44 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII dispose que « le Gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution ». Mais l'instabilité politique empêche la formation d'une pratique constitutionnelle conforme aux textes. Le Directoire sombre dans les coups d'Etat et l'Empire consacre l'effacement des Assemblées parlementaires et la concentration des pouvoirs entre les mains de l'Empereur.

C'est au cours du second cycle constitutionnel de la France que se fixent les pratiques. L'article 14 de la Charte du 4 juin 1814 établit que « le roi... fait les règlements et les ordonnances pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat ». La Révolution de Juillet permet de trancher définitivement le différend sur l'étendue des pouvoirs ainsi conférés au chef de l'Etat. Elle condamne les ordonnances contraires aux lois qu'avait cru pouvoir prendre Charles X. La Charte révisée du 14 août 1830 précise dans son article 13 : « le roi... fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ». Tous les auteurs reconnaissent que les incertitudes se terminent à cette date : « c'est en réalité sous le Gouvernement de Juillet que ce pouvoir réglementaire prit son équilibre définitif, se renfermant dans les limites précises » qu'il connaît encore (Esmein. *Éléments de Droit Constitutionnel*, p. 509 et sq.).

Après cette date, jusqu'en 1958, il ne s'agit plus que de maintenir une solution acquise. L'article 49, § 2 de la Constitution du 4 novembre 1848, adopte la formule qui sera reprise dans les textes ultérieurs : « Le Président de la République surveille et

assure l'exécution des lois ». L'article 6 de la Constitution du 14 janvier 1852 prélude à l'Empire mais ne change guère la situation de droit. Le Sénatus-consulte du 21 mai 1870, article 14, instaure l'Empire libéral et parlementaire ; il réaffirme que « l'empereur fait des règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois ». La loi constitutionnelle provisoire du 31 août 1871 reprend la formule de 1848 que l'on retrouve dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Dans la Constitution du 27 octobre 1946, le titulaire change, le Président du Conseil remplaçant le Président de la République, mais le pouvoir subsiste dans les mêmes termes, avec le même régime juridique : « le Président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois... » (art. 47).

L'idéal révolutionnaire avait voulu donner à la loi le monopole de l'émission des règles de droit. L'impossibilité pratique de le réaliser conduit à une nouvelle conception du principe de légalité : le « bloc légal des lois et règlements », selon l'expression du doyen Hauriou, bloc au sein duquel la loi reste prééminente (1). Au fur et à mesure que s'efface la conception révolutionnaire, le pouvoir réglementaire perd son caractère spécifique pour ne plus constituer qu'un aspect du pouvoir d'exécution des lois. Les termes mêmes qu'emploient les Constitutions rendent sensible « ce travail d'épuration », cet abandon de tout critère matériel (2). Depuis 1848, l'exécution des lois implique l'existence d'un pouvoir réglementaire et le pouvoir réglementaire se ramène à l'exécution des lois.

Les auteurs classiques reconnaissent que s'est instaurée une tradition constitutionnelle mais, pour la plupart, ils mesurent mal à quel point elle est liée au régime parlementaire. Elle représente en effet un exemple de collaboration d'organes différents pour l'exercice de la même fonction normative qui s'épanouit dans le cadre d'un régime parlementaire. Bien entendu, le droit comparé fournit des exemples de collaborations analogues dans un cadre qui n'est pas parlementaire, ne serait-ce qu'aux Etats-Unis, mais ils sont rarement poussés aussi loin.

Les auteurs du milieu du XIX^e siècle qui assistaient à la formation du régime parlementaire étaient beaucoup plus conscients de l'originalité de la solution et du lien qui existait entre les deux institutions. Pour prendre un seul exemple, Vivien, dans ses « Etudes administratives » de 1845, note déjà fortement le double caractère administratif et législatif, du règlement d'application : « ... L'administration française est chargée... par un mandat qui l'associe à l'œuvre même du législateur, de prendre elle-même et d'imposer aux citoyens toutes les mesures propres

(1) Cf. J.L. QUERMONNE, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques* Thèse Caen, 1952.

(2) Cf. CARRÉ DE MALBERG, *Théorie Générale de l'Etat* Edition C.N.R.S., p. 573, note 1.

à développer, à compléter, à vivifier cette œuvre (législative) et à en assurer la pleine exécution », mais « c'est administrer que d'appliquer la loi » (p. 2 et sq.). Il fait l'apologie du régime parlementaire qui unit les pouvoirs et permet d'étendre les attributions du Gouvernement à cause de la confiance que lui accorde le Parlement. Cette observation ne sera pratiquement plus développée avant Carré de Malberg. Ce dernier démontre avec une clarté lumineuse que le développement des pouvoirs du Gouvernement est la contrepartie de sa subordination envers le Parlement. L'histoire politique et constitutionnelle de la France confirme ce point de vue. Or le régime politique français semble, depuis 1958, s'écarter du modèle parlementaire qui paraissait s'imposer jusqu'alors. La signification du pouvoir d'exécution des lois et sa place dans le système constitutionnel général ne peuvent manquer d'être affectées par ce bouleversement d'une tradition séculaire.

Un des cinq principes qui ont servi de base à la Constitution de 1958 est la séparation des pouvoirs, entendue essentiellement comme une autonomie accrue accordée aux organes gouvernementaux. La délimitation matérielle des compétences respectives du pouvoir législatif (art. 34) et du pouvoir réglementaire (art. 37) en est une application. Le pouvoir d'exécution des lois tel qu'il était compris en France, procède d'une inspiration tout à fait différente des relations entre les pouvoirs publics. Son existence même peut être discutée car elle repose sur des notions de collaboration et de hiérarchie qui semblent radicalement opposées à celles qu'ont adoptées les auteurs de la Constitution de 1958. La solution traditionnelle a pourtant été reprise en vertu de l'article 21 de la Constitution car elle présentait d'indéniables avantages. Mais si le pouvoir d'exécution des lois subsiste comme une technique adaptée aux besoins pratiques, sa signification politique et constitutionnelle a été bouleversée. En sens inverse ce changement de signification réagit sur le régime juridique lui-même.

§ 2. — *Le maintien du pouvoir réglementaire d'exécution des lois dans la Constitution de 1958*

La Constitution de 1958 met fin, définitivement sans doute au principe de la souveraineté du Parlement qui se traduisait en particulier, selon la formule classique de Carré de Malberg, par le caractère initial et inconditionné de la loi. Elle écarte la tradition selon laquelle « le règlement a pour domaine unique l'exécution des lois » (Carré de Malberg, *Théorie Générale*, N° 195). Le bouleversement des principes est incontestable mais sa portée pratique est moindre qu'il ne paraît car le contenu des principes anciens a été altéré bien avant 1958 et à bien des égards la

Constitution de la V^e République reconnaît un état de fait plus qu'elle n'innove.

La théorie classique du pouvoir réglementaire commence à ne plus rendre compte des faits au moment même où son expression doctrinale atteint la perfection. Lorsque paraît l'ouvrage fondamental de Carré de Malberg, en 1920, les vues qui y sont exprimées reflètent une situation de fait déjà ancienne. Les arrêts Labonne du 8 août 1919 (L 737) et Heyriès du 23 juin 1919 (S. 1922.3.49) ont considérablement élargi la notion d'exécution des lois. Malgré la prudence des termes employés par le Conseil d'Etat, cette jurisprudence « rompt avec la fâcheuse habitude de définir le pouvoir exécutif uniquement par la mission d'assurer l'exécution des lois », comme le marque fortement Hauriou dans sa note sous l'arrêt Heyriès. Sans empiéter sur l'étude des antécédents des articles 34 et 37 que nous aborderons plus loin, il faut noter que le juge a consacré toujours plus nettement la tendance sociologique du Gouvernement et de l'Administration à se considérer comme investis de pouvoirs propres. En tout cas, dès la fin de la première guerre mondiale, il est clair que la notion d'exécution des lois a perdu une bonne part de sa valeur explicative, soit que trop étendue, elle perde de sa cohérence, soit que maintenue dans son sens originel, elle ne rende plus compte de toutes les prérogatives de l'Administration.

Sur un plan plus constitutionnel qu'administratif, les principes avaient été déformés par l'usage qu'en avaient fait Parlement et Gouvernement. Le Parlement élargissait son contrôle au point d'essayer de gouverner et le Gouvernement légiférait lui-même sur des questions fondamentales. En vertu d'usages constants, certaines matières, la réglementation économique, par exemple, étaient réglées exclusivement par le Gouvernement sans intervention effective du législateur (cf. conclusions Heumann sous l'arrêt du 28 octobre 1960. Martial de Laboulaye. AJDA 1961.II. 20. A propos de l'organisation du marché du vin qui n'a jamais fait l'objet d'une loi). La pratique des décrets-lois qui se généralisait à la fin de la IV^e comme de la III^e République altérait donc gravement les conceptions traditionnelles des rapports entre la loi et le règlement.

La Constitution de 1958 s'insère dans une évolution qui tend à développer le pouvoir réglementaire aux dépens du pouvoir législatif. Elle reprend et érige en règles constitutionnelles des solutions qui s'ébauchaient dans la législation (loi du 17 août 1948 par exemple), la jurisprudence et la pratique constitutionnelle. Elle n'est pas responsable à elle seule du « déclin de la loi » évoqué par certains auteurs. Il est même possible de soutenir qu'elle cherche à apporter des remèdes susceptibles d'arrêter ce déclin. La solution de continuité manifestée au niveau des principes par la Constitution de 1958 résulte essentiellement du retard des principes anciens qui inspiraient de moins en moins

les solutions positives ou dont les conséquences étaient de moins en moins acceptables. Il existait un décalage croissant entre la théorie et la pratique. Les dispositions nouvelles prolongent les tentatives de réforme qui se multipliaient depuis trente ans ; elles cherchent moins à rompre avec la pratique de l'époque qu'à la justifier en lui donnant un fondement constitutionnel et théorique plus satisfaisant.

Ces considérations permettent de mieux apprécier la portée des changements intervenus. Une analyse purement formelle et exégétique des constitutions de 1946 et 1958 laisserait volontiers croire à une rupture brutale. En fait il s'agit d'un changement de techniques gouvernementales sur les points où une réforme semblait indispensable et non d'un bouleversement volontaire de la philosophie politique de la France. Le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire prennent sans doute une physionomie nouvelle mais rien ne permet de penser que leurs traits fondamentaux sont modifiés au-delà de ce qu'établit la Constitution pour la stabilité et l'autorité du gouvernement.

Les travaux préparatoires de la Constitution ne donnent aucune indication sur le sort fait au pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Le compte rendu des travaux du comité consultatif constitutionnel témoigne que les membres du C.C.C. ne se sont pas intéressés à cette question, sans que l'on puisse inférer de leur silence une orientation quelconque. Quant aux autres délibérations, celles du comité des ministres et du Conseil d'Etat notamment, elles n'ont toujours pas été rendues publiques. Au surplus, on a fait remarquer que le peuple s'étant prononcé sur un texte nu, les travaux préparatoires, même publiés par la suite, n'ont aucune valeur interprétative.

La signification accordée par les auteurs de la constitution à son article 21 n'est pas connue et, à supposer qu'elle le soit un jour, elle ne serait nullement contraignante. La formule de cet article selon laquelle le premier ministre « assure l'exécution des lois » est traditionnellement interprétée comme lui confiant un pouvoir réglementaire. Mais toute la question est de savoir si la tradition doit être utilisée pour interpréter la constitution. Elle a fait l'objet, non seulement de débats théoriques, mais aussi d'affrontements politiques lorsque le président de la République a refusé de décréter la convocation du parlement en session extraordinaire qui avait été demandée par la majorité des députés (18 mars 1960) (3).

La tradition doit être rejetée si l'on estime que le principe de l'autonomie des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire a une valeur générale à laquelle seule une disposition expresse peut déroger. Dans ce cas, la formule

(3) Cf., la convocation d'une session extraordinaire du Parlement et la nature du régime, G. BERLIA, R.D.P. 1960.303.

de l'art. 21 semblerait superflue mais d'autres dispositions sont ou ont été sans conséquences proprement juridiques (par exemple le chef de l'Etat est chef des armées, il négocie les traités). Elles ont une signification historique ou honorifique mais n'attribue pas de compétences déterminées. Une telle position ne manque pas de logique car elle fait prévaloir la disposition la plus récente et tire toutes les conséquences de l'introduction du critère matériel dans la notion de loi.

Il n'en va plus de même si l'on admet que la Constitution de 1958 n'a pas nécessairement entendu apporter des solutions révolutionnaires qui rompent en tous points avec le passé. Dans ce cas, la séparation des matières et l'autonomie des compétences visent à libérer le pouvoir réglementaire de certaines entraves dans certains domaines conformément à une pratique qui se généralisait en fait, mais ne résolvent pas nécessairement tous les problèmes des rapports entre loi et règlement.

De nombreux arguments peuvent être invoqués pour conserver à l'article 21 sa signification traditionnelle. Le premier résulte des nécessités pratiques comme le soulignent la plupart des auteurs. On pourrait théoriquement concevoir que seul le législateur intervienne dans le domaine de l'article 34 et que dans ce domaine il ne puisse plus comme auparavant renvoyer à un règlement d'application le soin de prendre les mesures d'exécution. Mais alors « le travail législatif réduit en surface se trouverait aggravé en profondeur et l'ordre du jour de nos assemblées parlementaires risquerait fort d'être demain plus encombré qu'hier » : (G. Morange. La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 D. 1959 chr. IV). Le résultat obtenu serait l'inverse de celui qui était souhaité.

Ce résultat s'opposerait à l'esprit général de la Constitution qui tend à renforcer les pouvoirs du gouvernement et à alléger les fonctions du parlement. Il n'est donc guère concevable qu'une solution opposée soit adoptée sur un point aussi important. Il faut conclure avec M. Vedel que « la constitution de 1958 qui innove en reconnaissant l'existence d'un pouvoir réglementaire « initial », n'innove pas s'agissant des mesures tendant à l'exécution de la loi ». (Droit administratif éd. 1961 p. 149). Ce faisant, l'article 21 selon lequel « le Premier Ministre... assure l'exécution des lois » reçoit un sens acceptable et c'est un principe banal que de choisir l'interprétation qui donne un sens à un texte.

Un autre argument a une valeur plus permanente. Le refus d'accorder à l'administration la possibilité de régler les conditions dans lesquelles elle exécute les lois serait contraire à « la nature des choses ». Les lois civiles et commerciales qui sont mises en œuvre par les particuliers sous le contrôle des tribunaux peuvent à la rigueur se suffire à elles-mêmes. Il n'en est

pas de même pour les lois qui entraînent une intervention de l'administration.

Il n'est pas question de limiter l'administration à la simple exécution matérielle et de la priver de tout pouvoir normatif. L'administration dispose toujours d'un certain pouvoir discrétionnaire, plus ou moins large selon les cas. Sa nécessité, dans l'intérêt du service comme dans l'intérêt général, n'est pas contestée. Or selon la forte expression d'Hauriou, « il ne faut pas croire... qu'un pouvoir discrétionnaire soit un pouvoir qui n'a pas de règles : c'est seulement un pouvoir qui se fait à soi-même ses propres règles ». (Note sous CE 17 juillet 1925. Association du personnel de la Banque de France. S. 1925.3.33). Le pouvoir réglementaire permet à cette tendance de s'exprimer juridiquement. A défaut, elle se manifesterait spontanément sous formes d'usages ou de directives que leur caractère occulte rendrait plus dangereux encore.

De façon plus générale, l'application d'une norme ne peut être à ce point mécanique que l'autorité chargée d'y procéder n'ait qu'un rôle purement passif et neutre. Cette autorité dégage, consciemment ou non, le sens des dispositions qu'elle met en œuvre, même si sa compétence est liée. Par exemple l'enregistrement d'un brevet d'invention ne peut être refusé mais il faut apprécier s'il s'agit d'une invention brevetable selon les termes de la loi. Le « rapport de proposition singulière à proposition générale qui définit la conformité logique ou rationnelle » selon M. Eisenmann (le droit administratif et le principe de légalité. E.D.C.E. n° 11 p. 25) s'opère par voie de syllogisme et implique des opérations intellectuelles pour déterminer le sens des concepts et la validité de leur utilisation. Il peut être rationalisé par l'emploi du procédé réglementaire.

Enfin le fonctionnement même de l'institution administrative exige une certaine part de spontanéité. L'auto-organisation est une condition indispensable de l'efficacité car elle permet une meilleure adaptation aux faits. Les procédures selon lesquelles seront mises en œuvre les lois, l'organisation administrative qu'elles exigent, tous ces points doivent être réglés par l'administration elle-même, mais la forme étant liée au fond, de tels règlements doivent être subordonnés à la loi. Pour toutes ces raisons, l'institution administrative dispose nécessairement d'un pouvoir de régulation qui lui est indispensable pour remplir ses fonctions.

En France, ce processus d'institutionnalisation de la fonction d'exécution des lois a été poussé extrêmement loin. La fonction exécutive a été identifiée à l'administration conçue comme un corps distinct. Cette institution a reçu des pouvoirs propres pour remplir la fonction qui est sa raison d'être. Elle a reçu directement de la constitution le pouvoir réglementaire qui lui permet d'exécuter les lois. Aucun grand pays occidental n'a

adopté une telle solution : aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne, en Allemagne, le gouvernement n'exerce de pouvoir réglementaire qu'en vertu d'habilitations particulières d'origine législative pour la plupart. Mais la solution française d'une habilitation constitutionnelle à caractère général est solidement enracinée. La remettre en cause bouleverserait les assises sociologiques et juridiques de l'administration. Il ne semble pas qu'une solution aussi radicale ait été envisagée.

Pour la majorité des auteurs, il n'y a guère eu de doute : la compétence du premier ministre à prendre des règlements d'application des lois va tellement de soi qu'il est à peine besoin de la justifier. Certaines études laissent de côté ce problème (par exemple : la délimitation des domaines de la loi et du règlement, chronique l'Huillier D. 1959.173), mais aucune ne semble mettre en doute cette compétence. M. Waline pense que la constitution a adopté une « conception purement matérielle » de la loi, il en déduit que l'ordonnance est une loi non votée par le parlement mais il affirme nettement que la jurisprudence antérieure ne change pas en ce qui concerne le pouvoir de faire des règlements d'application (les rapports entre la loi et le règlement - Waline. R.D.P. 1959.699). Selon M. De Soto, « la puissance législative n'a jamais signifié... que le parlement décide de tout mais qu'il peut librement fixer ce qui lui plaît et renvoyer le reste au gouvernement ». Les édictions révisées des manuels et traités de droit administratif reconnaissent après une courte discussion que la compétence traditionnelle subsiste. (Vedel. Droit administratif. 1959. Tome II, p. 630 et sq. Waline. Traité de droit administratif. 8^e édition mise à jour. 1959 p. 1-8).

De toute façon la pratique a tranché sans hésitation. Les ordonnances prises en 1958 en vertu de l'article 92 de la constitution ont presque toutes prévu des décrets d'application et les lois votées par le parlement après son entrée en fonction n'ont pas démenti cette orientation. Mais tous les problèmes ne sont pas résolus car, contrairement à l'opinion générale, cette compétence n'a pas subsisté sans de profonds bouleversements. Cet aspect de la question a été à peu près totalement négligé et pourtant une partie du régime juridique du pouvoir d'exécution des lois doit être modifiée car ce pouvoir a changé dans son essence même.

L'article 21 de la constitution du 4 octobre 1958 conserve implicitement la compétence traditionnelle du pouvoir exécutif : « Le premier ministre dirige l'action du gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'art. 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires... ».

Mais la différence des constitutions précédentes, celle de 1958 ne limite pas le pouvoir réglementaire du gouvernement à l'exé-

cution des lois. L'article 21, dans son premier alinéa précité, évoque en propres termes, pour la première fois depuis plus d'un siècle un pouvoir réglementaire qui est juxtaposé à la disposition relative à l'exécution des lois. Cette dernière voit son domaine considérablement limité par la création d'un pouvoir réglementaire autonome. Le gouvernement se voit investi par la constitution de deux compétences distinctes en matière d'édiction de normes juridiques.

Il en résulte que l'exécution des lois perd sa valeur traditionnelle pour définir la fonction exécutive. Une autre conséquence de cette dualité de compétences gouvernementales et du cantonnement du pouvoir législatif est qu'il faut redéfinir le rôle de la loi entre la constitution et le règlement. Malgré les apparences, la nouvelle constitution remet entièrement en cause la notion classique d'exécution des lois.

Section II. — Le champ d'application du pouvoir d'exécution des lois.

Sous l'empire des constitutions précédentes, l'exécution des lois constituait l'activité de droit commun du pouvoir exécutif. En 1958 ce rôle lui a été ravi par le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37. Pour délimiter le champ d'application du pouvoir d'exécution des lois, il est indispensable de mesurer la portée de ce changement qui provoque un premier bouleversement interne de cette prérogative. L'exécution des lois ne définit plus comme précédemment la fonction exécutive. Il en résulte qu'elle peut et doit être entendue plus strictement que par le passé. La détermination d'un domaine de la loi vient encore en limiter le champ d'application.

§ 1. — L'exécution des lois ne définit plus la fonction exécutive.

La question a été remarquablement traitée par M. Vedel (4). Il est donc inutile de reprendre longuement les développements de cet auteur pour les paraphraser. Il suffit de rappeler brièvement l'état de la question pour en dégager les conséquences relatives au pouvoir réglementaire subordonné.

« La fonction administrative, en droit français, se confond avec la fonction exécutive et correspond à l'exécution des lois » (M. Auby. Cours de droit administratif 1957.58, p. 16). Telle est la conclusion à laquelle aboutissaient les auteurs qui cherchaient à définir l'administration et son droit, à condition de

(4) G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E. n° 8, p. 21 et sq.

G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif* in *Droit ADMINISTRATIF*, Manuel Trémis 1961, p. 9-44.

laisser de côté certaines fonctions du gouvernement dans ses rapports avec le parlement ou dans les relations internationales.

Bien entendu, l'exécution des lois qui définissait ainsi la fonction exécutive ne s'effectuait pas uniquement par voie réglementaire. Elle comportait selon M. Vedel diverses missions : la publication des lois et le rappel de leurs dispositions ; l'emploi de la contrainte pour assurer l'exécution ; l'accomplissement des tâches que les lois confient expressément au gouvernement ; le maintien de l'ordre public et le fonctionnement des services publics.

Un des procédés les plus caractéristiques de cette fonction était le droit réservé au chef de l'Etat ou du gouvernement de prendre des règlements complémentaires des lois. Mais il faut bien noter que : « D'après le droit positif français, le règlement ne procède pas d'un pouvoir spécial de l'autorité administrative ; mais il est une conséquence du pouvoir administratif en général » (Carré de Malberg. *Théorie générale de l'Etat*, tome I, n° 191). Dans ce sens, l'exécution des lois est une « formule unique, comprenant indistinctement les actes réglementaires et les autres actes administratifs du chef de l'Exécutif » (ibidem n° 191).

Ces pouvoirs pouvaient s'exercer sur invitation du législateur mais aussi spontanément : « En faisant appel à l'activité réglementaire du président, la loi ne fait que mettre en mouvement la puissance réglementaire propre que le chef de l'Exécutif détenait dès avant cette loi et qui lui vient d'une délégation générale de la constitution » (ibidem n° 200 p. 592). La France se distinguait sur ce point des autres pays occidentaux en faisant du pouvoir réglementaire une compétence constitutionnelle de l'Exécutif, à laquelle une loi ne pouvait théoriquement pas porter atteinte. Mais ce pouvoir ayant pour seul et invariable domaine l'exécution des lois, « le parlement devient ainsi le régulateur des compétences matérielles de l'autorité administrative » (ibidem n° 202, p. 599). L'administration tenait donc ses pouvoirs de la constitution mais ne pouvait les exercer que par la médiation de la loi, ce que Carré de Malberg exprimait en écrivant que la loi était la « condition per quam » du pouvoir réglementaire et « que selon le droit public français, le règlement ne dérive jamais de la constitution seule : entre lui et la constitution la loi doit toujours servir d'intermédiaire ». (... Formation du droit par degrés, n° 10).

Au début du XX^e siècle et surtout après la guerre de 1914, la notion d'exécution des lois avait reçu un élargissement notable que n'acceptait plus Carré de Malberg mais qui s'imposait en droit positif. Cet élargissement effectué par la jurisprudence marquait le début d'une époque où les pouvoirs du gouvernement allaient tendre continuellement à se renforcer.

Depuis l'arrêt du 19 février 1904, Chambre syndicale des fa-

bricants constructeurs de matériel de chemin de fer. (DP 1905. 3.57) et l'arrêt Labonne déjà cité, le Conseil d'Etat avait reconnu la légalité de règlements qui n'étaient pas pris pour l'application d'une loi déterminée. Avec l'arrêt Heyriès, il avait même admis qu'en cas de circonstances exceptionnelles, le président pouvait suspendre l'application d'une loi qui aurait entravé le fonctionnement des services publics.

Ces pouvoirs en matière d'organisation des services publics et de police sont à l'origine du pouvoir réglementaire autonome mais dans le cadre des constitutions antérieures à 1958, ils devaient se rattacher à l'exécution des lois. S'ils n'étaient plus exécutifs par leur fondement, ils le restaient par leur but : sauf en cas de circonstances exceptionnelles, les règlements d'organisation ou de police devaient respecter toutes les dispositions législatives en vigueur et même n'intervenir que pour en permettre une meilleure application. L'élargissement de la notion d'exécution s'opérait ainsi selon M. Vedel (op. cité p. 14).

1. « Indépendamment des pouvoirs conférés au gouvernement par chaque loi en particulier, la constitution (celle de 1946 comme celle de 1870) lui donne une investiture générale en vue de l'exécution des lois ».

2. « L'exécution des lois est plus que l'exécution de chaque loi. Elle doit s'entendre comme le maintien des conditions essentielles à la vie nationale, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public (arrêt Labonne) et le fonctionnement des services publics (arrêt Heyriès) ».

Si l'on réserve le cas des circonstances exceptionnelles, les liens entre loi et règlement s'étaient distendus sans disparaître. La fonction administrative pouvait toujours se définir par l'exécution des lois. Les pouvoirs de réglementation autonome eux-mêmes se rattachaient à cette mission : « Si dans la pratique il arrive fréquemment que le président ou les ministres prennent l'initiative d'émettre des règles pour le fonctionnement des services publics, ces initiatives ne s'expliquent et elles ne sont légitimes que par la raison qu'il appartient aux autorités présidentielle et ministérielle, et même qu'il leur incombe d'assurer l'exécution des lois qui ont créé ces services ». (*Théorie de la formation du droit par degrés* n° 88). Le maintien de l'ordre public étant indispensable à la bonne application des lois, le même raisonnement pouvait être appliqué au pouvoir de police qui se limitait pour l'essentiel à reconnaître (sans texte au gouvernement des pouvoirs de réglementation analogues à ceux que la loi de 1884 conférait au maire et au préfet).

M. Quermonne forçait la réalité lorsqu'il affirmait dans sa thèse : « Ce qu'il faut... entendre par « exécution du droit », c'est la nécessité qui est imposée aux autorités gouvernementales de respecter la légalité ; et ce n'est pas autre chose » (op. cité p. 194). Il négligeait en effet le but assigné aux actes de ces

autorités et le fondement législatif nécessaire à la plupart d'entre eux. Il tenait compte néanmoins de la tendance à l'autonomie que le gouvernement manifestait depuis près d'un demi-siècle. De toute façon, un règlement ne pouvait aller à l'encontre d'une disposition législative et l'ampleur même de la législation limitait beaucoup les possibilités d'action autonome de l'Exécutif.

La constitution de 1958 a rompu avec la conception traditionnelle et rendu nécessaire une nouvelle définition de la fonction administrative qui ne se fonde plus sur l'exécution des lois. Le domaine de la loi n'est plus illimité comme auparavant mais défini par voie d'énumération (article 34). Le pouvoir réglementaire se voit conférer par l'article 37 un champ d'action autonome : non seulement un critère matériel sert à distinguer les domaines respectifs mais encore le domaine du règlement est défini par voie de clause générale et le pouvoir réglementaire s'y exerce librement sans médiation législative. Les dispositions de l'article 21 confiant au premier ministre « l'exécution des lois » ne sont plus seules à déterminer l'étendue du pouvoir réglementaire du gouvernement. Même si l'exécution des lois n'avait subi aucune modification intrinsèque, la signification de cette compétence dans l'édifice constitutionnel aurait été différente.

La conclusion que tire M. Vedel du rapprochement des différentes dispositions constitutionnelles est que « l'exécution des lois ne peut plus être regardée comme définissant l'ensemble de l'action administrative et l'exercice du pouvoir réglementaire prend une acception beaucoup plus large ». (Manuel p. 22).

Le doyen de la Faculté de droit de Paris généralise cette constatation. L'activité administrative toute entière et non pas le seul pouvoir réglementaire autonome devient le droit commun :

« On aboutit donc aux formules suivantes :

A. Le régime administratif est le régime de droit commun des activités de l'Etat et des personnes publiques.

B. L'administration est l'ensemble des activités de l'Etat et des personnes publiques qui ne relèvent pas en vertu d'une clause particulière, d'un régime dérogatoire au régime administratif.

C. Plus brièvement : le droit administratif est le droit commun de la puissance publique » (op. cité p. 44).

L'exécution des lois a perdu sa fonction de critère de compétence. Elle n'est plus qu'une compétence parmi d'autres. Elle n'est même qu'une compétence d'exception qui déroge au régime général d'autonomie caractérisant l'activité administrative. Cette sorte de déchéance bouleverse son équilibre interne mais elle permet de mieux en serrer les limites.

§ 2. — *L'exécution des lois peut et doit être entendue strictement.*

Lorsque la constitution exigeait un fondement légal à chaque acte du pouvoir réglementaire, il était naturel d'adopter une conception relativement large pour permettre au gouvernement d'accomplir ses missions. La formule « exécution des lois » constituait un titre général de compétence au profit du chef de l'Etat ou du gouvernement. La mission particulière qu'elle impliquait, c'est-à-dire l'exécution de telle loi, avait tendance à passer au second plan. L'accent était mis davantage sur sa signification constitutionnelle. Elle définissait les relations entre le parlement et le gouvernement en termes de subordination. Carré de Malberg a admirablement montré que la séparation des pouvoirs supposait une hiérarchie des pouvoirs et que le régime politique français se caractérisait par la suprématie, voire la souveraineté, du parlement. La constitution « ne délimite pas la législation et l'administration par leur matière propre, mais uniquement par leur degré de puissance respective, en tant que l'administration ne peut s'exercer qu'en exécution des lois ». (Théorie générale de l'Etat n° 202).

Dans cette conception, l'objet du règlement comptait moins que sa conformité à la volonté du législateur. Que le gouvernement fût limité à l'exécution des lois signifiait avant tout que son activité était subordonnée à la puissance initiale et inconditionnée du parlement. Il ne reste rien de cette conception en 1958 : le parlement a perdu sa suprématie et le gouvernement a recouvré son autonomie.

L'exécution des lois a repris une signification avant tout technique. Il a paru sage que le parlement se borne à déterminer les règles générales et abandonne les détails d'exécution à l'administration elle-même. Bien entendu, le règlement reste subordonné à la loi qu'il applique mais la revalorisation de la fonction gouvernementale dans d'autres domaines fait que cette subordination ne se traduit guère au niveau des organes et n'a plus la même importance politique. La subordination politique et constitutionnelle du gouvernement au parlement et la participation, pour des motifs pratiques, de l'administration à l'édiction du droit étaient les deux aspects essentiels de la fonction d'exécution des lois. A l'heure actuelle, le second aspect est à peu près le seul qui subsiste.

Devenue une règle technique d'aménagement des compétences, l'exécution des lois peut être définie plus rigoureusement que par le passé. Il convient d'en exclure tout ce qui se rattache plutôt au pouvoir réglementaire autonome puisque ce dernier est devenu la compétence de droit commun. Le domaine de la

loi est limité, par conséquent, celui des règlements complémentaires doit l'être dans les mêmes termes.

Le pouvoir réglementaire subordonné est toujours exercé par le Premier Ministre en vertu d'une investiture générale fondée sur la Constitution. En ce sens, il peut être exercé spontanément et il ne nécessite pas une habilitation législative expresse. Mais la formule de M. Vedel selon laquelle « l'exécution des lois est plus que l'exécution de chaque loi » n'est plus valable. Tout ce qui dépasse l'exécution de chaque loi relève désormais du pouvoir réglementaire autonome.

La solution ne saurait faire de doute pour les compétences en matière de police que la jurisprudence reconnaissait déjà être propres au Gouvernement en dehors de toute habilitation légale (CE 13 mai 1960. S.A.R.L. Restaurant Nicolas. L. 323). En édictant des restrictions à l'emploi d'un produit vétérinaire dans un but de prophylaxie (article 218 Code Rural) « le Gouvernement n'a fait qu'user dans l'intérêt général de la santé publique, du pouvoir réglementaire qu'il tient de l'article 37 de la Constitution ». (CE 10 décembre 1962. Syndicat national des vétérinaires et sieur Quentin. L. 672).

Quant au pouvoir d'organisation des services publics dans la mesure où il n'est pas indissociablement lié à une mesure législative, il fait lui aussi partie du pouvoir réglementaire autonome. Le ministre chargé de la réforme administrative a indiqué à l'Assemblée Nationale que les décrets de réforme administrative avaient été pris en vertu de l'art 37 de la Constitution parce qu'ils ne concernaient que l'organisation des services de l'Etat (5). La pratique va dans ce sens depuis 1958.

La compétence attribuée au Premier Ministre par l'article 21 de la Constitution se borne donc à l'édition des règlements complémentaires des lois à l'exclusion de tout autre pouvoir.

§ 3. — Les lois dont l'exécution est faite par règlements complémentaires

L'énumération de l'article 34 comprend deux catégories bien distinctes de matières législatives. Le degré d'intervention de la loi est différent selon qu'elle « fixe les règles » concernant une matière où qu'elle « détermine les principes fondamentaux » d'une autre matière. La distinction a des conséquences importantes en ce qui concerne la détermination du domaine réglementaire puisque ce dernier se définit *a contrario*. Elle sera étudiée de façon approfondie dans le chapitre relatif aux règlements autonomes (cf. infra, page 201), mais il est indispensable d'y faire allusion immédiatement pour préciser le domaine d'application du pouvoir réglementaire d'exécution des lois.

(5) *Le Monde*, mai 1964.

Un certain nombre d'erreurs ou de confusions ont été commises à ce propos au moment de l'élaboration de la Constitution actuelle. D'autres sont encore commises actuellement. Dans la mise à jour de la huitième édition de son *Traité*, M. Waline analyse ainsi les conséquences de la réforme constitutionnelle : « Il semble cependant que le pouvoir du Gouvernement de préciser spontanément les dispositions d'application des lois ne soit pas exclu par la Constitution de 1958, car l'article 34 lui-même précise qu'en certaines matières, la loi ne détermine seule que les « principes fondamentaux ». Ceci laisse donc au Gouvernement le soin de préciser dans le respect du texte légal naturellement, les applications de ces principes. Il est donc certain qu'au moins dans ces matières (...), le pouvoir réglementaire subsiste pour préciser les modalités d'application des lois. La question est un peu plus discutable pour les autres matières réservées au législateur par le reste de l'article 34 ». (N° 196). En fait, pendant la période des pleins pouvoirs, le Gouvernement ne s'est pas rendu compte qu'il y avait là un problème et la pratique n'a pas été moins confuse que l'interprétation doctrinale.

Depuis lors, des arrêts fort clairs du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat ont décidé que la mise en œuvre des principes fondamentaux relevait du pouvoir réglementaire autonome alors que l'application des règles relevait du pouvoir réglementaire subordonné (6). Pourtant certaines études soutiennent que le Conseil Constitutionnel ne fait plus de différences entre les deux séries de dispositions de l'article 34 (7). Cette conclusion est critiquable. Il semble qu'en réalité le Conseil Constitutionnel n'a pas modifié sa jurisprudence de 1959. Il l'a, au contraire, fait adopter par le Conseil d'Etat dans des arrêts assez récents pour être probants.

Cette jurisprudence paraît être la seule propre à donner une interprétation raisonnable des dispositions constitutionnelles. Pour des motifs aussi bien théoriques que pratiques, le pouvoir d'exécution des lois a été maintenu en 1958. Il ne fait plus de doute actuellement qu'il s'exerce pour l'application des lois qui fixent les règles concernant une matière. L'intention du législateur est manifeste car il renvoie fréquemment à des règlements d'administration publique ou à d'autres textes le soin de préciser tel ou tel point. Le juge administratif n'a, semble-t-il, jamais

(6) Conseil Constitutionnel 27 novembre 1959 (à propos du décret du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme). *Dalloz* 1960, p. 583, note Hamon.

C.E., 13 juillet 1962. Conseil National de l'Ordre des Médecins, R.D.P., 1962.739.

(7) A.G. COHEN, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34*, R.D.P., 1963.745.

Dans le même sens : VINCENT François, *De l'inutilité de l'article 34 de la constitution du 4 octobre 1958*, A.J.D.A. 1965.564.

eu à trancher directement la question mais plusieurs solutions implicites consacrent la compétence de l'Exécutif dans ce cas (voir par exemple CE 27 janvier 1961. Daunizeau. L. 57).

En revanche, une jurisprudence, claire et constante à notre sens, décide que les principes fondamentaux des matières énumérées au troisième paragraphe de l'article 34 sont établis par la loi et mis en œuvre par des règlements autonomes. Ainsi se trouve maintenue une différence entre règles et principes fondamentaux. Les relations entre loi et règlement sont différentes dans les deux cas ; cela donne un contenu relativement précis à la distinction constitutionnelle qui autrement ne reposerait que sur la notion floue d'importance de la norme législative.

Le pouvoir réglementaire subordonné a donc depuis 1958 un domaine d'intervention considérablement restreint. Avant cette date, il pouvait intervenir pour l'exécution de n'importe quelle loi et le domaine de la loi était illimité. Par conséquent, « sous la seule réserve de la nécessité de l'autorisation législative, le domaine du règlement est indéfini ». (Carré de Malberg. *Théorie Générale de l'Etat*, N° 196, p. 585).

La Constitution de 1958 a indirectement assigné un domaine au pouvoir réglementaire subordonné. Cette situation résulte du fait que la loi a un domaine assigné et que la loi susceptible d'entraîner un règlement d'application a un domaine plus restreint encore. Les deux premiers paragraphes de l'article 34 énumèrent les matières où l'Exécutif peut édicter des dispositions complémentaires. Il convient de souligner que cette énumération est assez longue et concerne les matières les plus importantes à tous égards.

Le déclin du pouvoir réglementaire subordonné ne se limite pas seulement à son champ d'application. Il se manifeste également dans les relations avec la loi dont il est chargé de faire l'application. Le contenu même de la notion d'exécution des lois est remis en cause et profondément altéré.

Section III. — La portée du pouvoir d'exécution des lois.

Les vicissitudes de la notion de pouvoir législatif retentissent inévitablement sur la notion de pouvoir réglementaire subordonné, la loi et le règlement étant les deux termes du rapport que constitue l'exécution des lois. Les conséquences indirectes des changements constitutionnels se font sentir sur le sens même à attribuer à la fonction d'exécution : le déclin de la loi provoque un retrait parallèle du pouvoir réglementaire subordonné.

§ 1. — La portée de l'exécution des lois avant 1958

1°) La controverse doctrinale entre Duguit et Carré de Malberg

Tous les auteurs classiques admettent qu'en vertu de la Constitution, le Président de la République peut prendre des décrets, spontanément ou sur invitation du législateur pour compléter une loi. « ... Ces règlements, auxquels les auteurs donnent le nom de complémentaires et qui ont le caractère d'actes additionnels à la loi, ne peuvent prescrire d'autres mesures que celles dont le principe se trouve contenu, implicitement au moins, dans la loi même à laquelle ils viennent s'ajouter ». (Carré de Malberg. *Théorie Générale de l'Etat*, N° 216, p. 649) (8). Mais la controverse renaît à propos des « règlements faits en vertu d'une compétence spécialement et expressément donnée au Gouvernement par le législateur » (Duguit. *Traité*, 2° éd. IV § 49).

Les deux hypothèses doivent être nettement distinguées : dans la première, « sur l'invitation du parlement, le gouvernement fait un règlement pour compléter la loi elle-même qui contient cette invitation, un règlement sur les matières réglées par cette loi elle-même et dont le décret vient compléter les dispositions... Au contraire, dans l'hypothèse actuelle, le gouvernement reçoit d'une loi formelle compétence pour réglementer des matières qui sont en dehors de cette loi ; le règlement qui sera fait en vertu de cette compétence n'est point un prolongement de la loi » (*ibid.*, p. 748).

Selon Duguit, « on ne peut prétendre en aucune manière qu'il est un acte d'exécution et qu'il peut tirer sa force obligatoire de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 » (*ibidem*, p. 749). En effet, Duguit est fidèle à sa conception matérielle des fonctions étatiques et à ses conséquences : « ... si le règlement est une loi matérielle, dans un pays qui pratique la séparation des pouvoirs, le pouvoir réglementaire ne peut pas exister en principe ; ou du moins, il ne peut exister que dans les cas où la constitution le permet formellement ». (*Traité* II, § 20, p. 188). Il en conclut que « lorsque le parlement, par une loi spéciale, donne compétence au gouvernement de faire un règlement sur une matière législative, il ne le charge pas d'assurer l'exécution d'une loi ; il le charge de faire une loi, ce qui est tout différent » (*ibidem*, IV, § 49, p. 752). Cette procédure est donc inconstitutionnelle.

Carré de Malberg estime, au contraire, que « cette objection méconnaît la portée véritable de la notion d'exécution ». (*Théorie Générale de l'Etat*, p. 582, note 6). Selon lui, « à côté des règlements spontanés qui sont faits pour l'exécution des lois, se

(8) Voir notamment dans le même sens : Duguit, *Traité*, 2° éd. IV, § 47. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 202.

placent... les règlements faits en exécution des lois, ou, comme le disent certains auteurs, en vertu des lois, c'est-à-dire moyennant une permission ou invitation expresse du législateur » (*ibidem*, p. 651).

Dans tous ses ouvrages, il développe une distinction générale entre deux sortes d'exécution, dont l'une est une activité subalterne et l'autre une activité créatrice, le lien qui les unit étant la dépendance spéciale dans laquelle se trouve placé le pouvoir exécutif vis-à-vis du pouvoir législatif. « Exécuter la loi, c'est non seulement mettre en œuvre les principes qu'elle a pu énoncer sur une matière qui se trouve ainsi déjà légiférée, mais c'est encore obéir aux injonctions que la loi peut avoir adressées à l'autorité exécutive » (*ibidem*, p. 582, note 7).

Ces deux conceptions sont rigoureusement inconciliables. Duguit, mettant l'accent sur les fonctions juridiques des organes, ne peut accepter une prérogative qui postule la souveraineté du Parlement. Dans la seconde édition de son traité, il reconnaît qu'une évolution s'est accomplie sous l'action des besoins pratiques, mais il nie que ce qu'il analyse comme une attribution de compétence par le Parlement puisse être qualifié d'exécution des lois au sens constitutionnel du terme.

La conception de Carré de Malberg est, de leur propre aveu, aux antipodes de celle de Duguit. Pénétrée des idées de puissance publique, elle admet sans difficulté le droit d'injonction du Parlement qui oblige le Gouvernement à prendre des règlements pour l'exécution des lois. « En un mot, si le règlement ne peut rien faire sans une habilitation législative, il peut tout faire moyennant cette habilitation ». (Théorie, N° 196, p. 585).

2°) Le droit d'injonction de la loi dans le droit positif antérieur à 1958

Les conceptions doctrinales sont d'un point de vue théorique aussi légitimes l'une que l'autre. Elles reposent sur des principes différents mais la logique de la construction est sans faille. Il n'est possible de les critiquer que d'un seul point de vue : dans quelle mesure permettent-elles de comprendre le droit positif ?

Comme on a eu souvent l'occasion de le dire, l'œuvre de Carré de Malberg constitue une synthèse admirable du régime parlementaire français à la veille de la première guerre mondiale. Indiscutablement, les critères matériels utilisés par Duguit n'ont guère de valeur explicative. Par contre, la supériorité de puissance du Parlement est une réalité vécue de la III^e République.

En termes juridiques, la loi découle moins d'une compétence attribuée au Parlement par la Constitution que de la qualité de représentant de la Nation souveraine reconnue au Parlement. La loi est avant tout l'expression de la Volonté Générale, au même titre que la Constitution, et de ce fait, elle est pratiquement

souveraine. Le Gouvernement est sous la dépendance politique du Parlement. La logique du régime parlementaire français s'accommode fort bien de larges attributions de compétence à un Gouvernement soumis par ailleurs à un contrôle étroit. Carré de Malberg a raison de souligner que l'extension du pouvoir réglementaire est la « contrepartie du système constitutionnel général, qui subordonne actuellement toute l'activité de l'Exécutif à la volonté prépondérante du Parlement » (Théorie, p. 682).

L'esprit du régime parlementaire traditionnel de la France est donc tout à fait favorable à l'injonction législative qui se manifeste aussi dans d'autres domaines (par exemple : l'invitation à présenter un projet de loi). La formule a été largement pratiquée au cours du XIX^e siècle. Depuis 1814, par exemple, le Parlement a donné compétence au Gouvernement pour fixer le taux des droits de douanes bien que la tradition veuille que les dispositions fiscales soient prises en forme législative. Il s'agit là d'un cas-limite, mais le Gouvernement a reçu de nombreuses autres habilitations dont la validité était beaucoup moins contestable. Il est peu de lois de finances qui ne contiennent de dispositions de ce genre.

Après la première guerre mondiale et surtout la grande crise économique, le procédé fut de plus en plus utilisé et il donna naissance au système des décrets-lois. Il suffit pour cela de compléter l'habilitation en autorisant le Gouvernement à modifier les lois formelles antérieures. M. Capitant a montré comment cette évolution se situe dans la ligne des conceptions de Carré de Malberg.

« La hiérarchie des lois et des décrets est subjective, en ce sens que la valeur des décrets varie en fonction de l'habilitation du législateur. Un décret est toujours inférieur à la loi dont il découle. Mais il peut être supérieur aux autres lois, si le législateur l'habilite à les abroger ou à les modifier. La hiérarchie s'établit, non pas entre deux degrés de l'ordre juridique comme l'enseignent Kelsen et, avec lui, l'ensemble des auteurs, mais entre chaque loi et les décrets qui en dépendent. C'est une hiérarchie relative et non pas absolue... » (9).

Tel est le dernier stade de la conception traditionnelle du règlement en exécution des lois. On voit aisément le paradoxe auquel elle parvient. A la limite, en vertu de sa toute-puissance, le Parlement peut se dépouiller de la totalité de ses prérogatives par des habilitations successives. En fait ce processus s'est déroulé entre 1934 et 1940 : Après 31 mois et demi de pleins pouvoirs sur 76 (10), le Parlement a fini par renoncer à tous ses

(9) R. CAPITANT, *Les principes généraux du droit public*. Cours Paris 1955-56, p. 225-226.

Cité par Marcus Lefebvre. Thèse Paris 1957.

(10) Cf. J.-L. QUERMONE, *Evolution de la hiérarchie des actes juridiques*, Thèse Caen 1952, p. 63.

pouvoirs, y compris le pouvoir constituant. La IV^e République n'atteignit pas ces extrémités avant 1958, mais la tendance à l'abandon de la fonction législative réapparut. La Constitution de 1958 réagit contre cette dégradation et, dans ce but, apporte des solutions neuves.

§ 2. — *La portée de l'exécution des lois depuis la Constitution de 1958*

Les nouveautés introduites dans le droit constitutionnel français en 1958 condamnent implicitement mais nécessairement les conceptions antérieures. Mais le poids du passé reste tel qu'en pratique les règlements sur l'habilitation législative restent encore fort nombreux.

1°) *L'inconstitutionnalité des règlements sur habilitation législative*

Les abus provoqués par le recours aux décrets-lois ont été expressément condamnés en 1958. L'article 38 de la Constitution prévoit une procédure spéciale pour que le Gouvernement puisse intervenir par ordonnance dans le domaine de la loi. Il va de soi que toute autre procédure tendant au même résultat serait inconstitutionnelle. Cette solution s'impose au législateur comme au Gouvernement. La loi d'habilitation prévue à l'article 38 est la seule procédure permettant au pouvoir réglementaire de modifier des lois formelles mais aussi d'intervenir dans le domaine de la loi, même dans l'hypothèse théorique où cette intervention n'entraînerait pas modification d'une loi formelle (par exemple dans l'hypothèse d'un vide de droit).

La portée de l'article 38 peut donc être généralisée. Il ne concerne pas seulement le recours aux anciens décrets-lois. Toute habilitation législative, même si elle ne porte pas atteinte à la hiérarchie des textes, est implicitement prohibée. Elle ne peut, en effet, être interprétée autrement que comme un détournement de procédure par violation de l'article 38.

Le Conseil d'Etat a adopté cette position dans un arrêt du 24 novembre 1961. Fédération Nationale des Syndicats de Police (AJDA 1962.313). Une ordonnance, loin de déterminer les garanties fondamentales accordées aux personnels de police, avait donné au Gouvernement tout pouvoir de régler par décret en Conseil d'Etat le statut de ces personnels. Le Conseil d'Etat juge que cette disposition « a pour effet de transférer au Gouvernement d'une manière permanente le pouvoir de définir les garanties fondamentales accordées aux personnels de police... qu'en

conséquence la fédération requérante est fondée à soutenir que ledit article viole l'article 34 de la Constitution... ».

Cette jurisprudence ne condamne pas seulement la subdélégation des pouvoirs spéciaux accordés par une loi d'habilitation. Elle condamne de façon plus générale toute tentative visant à porter atteinte à la répartition constitutionnelle des matières entre loi et règlement. C'est la violation de la Constitution et non celle de la loi d'habilitation qui a entraîné l'annulation. Il est donc permis de penser que cet arrêt condamne toute forme d'habilitation législative qui n'est pas formellement prévue par la Constitution.

Il s'appuie en effet sur les deux innovations de la Constitution de 1958. D'une part, la Constitution a institué deux domaines réservés respectivement à la loi et au règlement. Cette délimitation est très précise et il en résulte qu'une matière qui appartient au domaine de la loi ne peut être régie que par une loi ou par une ordonnance. D'autre part, même s'il en avait l'intention, le législateur ne pourrait consentir une habilitation au Gouvernement car il est désormais tenu de respecter la Constitution et l'article 61, alinéa 2, de la Constitution rend possible l'annulation d'une loi irrégulière par le Conseil Constitutionnel.

La loi n'a plus vis-à-vis du pouvoir réglementaire cette « sorte de pouvoir constituant » que lui reconnaissait Carré de Malberg et qui faisait du Parlement « le régulateur des compétences matérielles de l'autorité administrative » (Théorie générale, p. 599). Elle n'est plus que l'acte pris par un organe constitué dont les fonctions limitées découlent d'une disposition constitutionnelle. Pas plus qu'une autre autorité, le Parlement ne peut se dérober à sa fonction ; cette fonction ne consiste plus tant à statuer de façon initiale et inconditionnée comme expression de la volonté nationale, qu'à fixer selon les cas les règles ou les principes fondamentaux relatifs aux matières énumérées par la Constitution.

La notion de pouvoir législatif a donc subi un changement complet qui ne tient pas seulement à la détermination de son domaine. Seul, le pouvoir constituant reste souverain et confère ce caractère de Souveraineté aux normes qu'il édicte. Le pouvoir d'exécution des lois, par voie de conséquence, n'est soumis à la volonté du législateur qu'en vertu de la Constitution et dans la mesure où cette volonté n'est pas contraire à la Constitution.

En pratique, il doit respecter le contenu même des dispositions législatives qu'il est chargé d'appliquer, mais la loi n'a plus aucun droit d'injonction à son égard. Duguit prend ainsi une revanche posthume sur Carré de Malberg : l'article 21 de la Constitution n'a autorisé le Gouvernement à intervenir dans le domaine de la loi que de façon limitée : il lui permet seulement de prendre des règlements complémentaires pour l'exécution des lois ; de faire ce que Carré de Malberg appelle une « répétition *in concreto* de la règle législative mise à exécution », à l'exclusion de toute

« règle nouvelle émise en vertu de celle portée par la loi d'habilitation » (Formation du droit par degrés, N° 69).

2°) La survivance des règlements sur l'habilitation législative

Bien que la pratique des habilitations législatives soit désormais contraire à la Constitution, elle subsiste assez largement pour des raisons diverses. Le poids du passé se fait sentir pour exclure des bouleversements trop profonds et trop rapides.

Tout d'abord la nouvelle Constitution n'a pas eu pour effet d'abroger tout le droit antérieur. Les lois prises avant 1958 conservent toute leur valeur même si elles sortent du domaine de l'article 34, tant qu'elles n'ont pas été modifiées, conformément à l'article 37, alinéa 2, par un décret pris après avis du Conseil d'Etat. Cette catégorie de lois formera pendant longtemps une partie importante du droit positif, malgré son « déclassé » virtuel. Les dispositions de chacune de ces lois doivent être appliquées, notamment celles qui déterminent les compétences des diverses autorités administratives. Ainsi, de façon tout à fait régulière, l'Administration peut être habilitée à intervenir sur des sujets qui relèvent désormais du domaine de la loi (inversement elle peut être liée par des lois sur des sujets où elle pourrait exercer son pouvoir réglementaire autonome).

Toutes les habilitations permanentes consenties avant 1958 sont donc maintenues conformément à l'intention du constituant (11). Dans son étude approfondie (Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958, N.E.D., p. 13 et 14), M. Groux cite trois hypothèses d'habilitation dont deux sont toujours valables : le Gouvernement fixe par décret soumis à ratification les conditions de recensement, de révision, de formation et d'appel du contingent et il classe celui-ci, après accomplissement des obligations militaires, dans la disponibilité et les réserves (art. 7, loi 30 novembre 1950). Il prend de la même manière des mesures d'abaissement, relèvement et suspension de droits de douanes (art. 8, 14, 17, 18, 22. Code des Douanes).

Il s'agit là de cas extrêmes ou la contrariété avec l'article 34 est évidente. De nombreuses autres hypothèses tirent moins à conséquence. Ainsi le Code Rural prévoit qu'un décret fixera la taxe d'équarissage. Selon le Conseil d'Etat, « le décret attaqué trouve sa base légale dans l'article 270 du Code Rural et a été pris sur l'invitation expresse du législateur, par suite le moyen susanalysé (tiré d'une prétendue violation de l'article 34 de la

(11) Bien entendu, il n'est pas question ici des lois accordant à l'Exécutif des pouvoirs spéciaux lui permettant d'abroger ou de modifier les dispositions législatives, ni des textes qui, comme la loi du 17 août 1948, établissent un classement général de matières réglementaires par nature. De telles dispositions doivent être considérées comme caduques. Seules subsistent les habilitations portant sur un point particulier et ne portant pas atteinte à la hiérarchie des actes juridiques.

Constitution), ne saurait être accueilli ». (CE 12 juin 1963. Union Nationale des Equarisseurs de France. L. 354). Le Conseil d'Etat statuant au contentieux se refuse à contrôler la constitutionnalité d'une loi. Il estime probablement qu'il n'y a pas inconstitutionnalité dans de tels cas. Un avis de la section des finances prononcé le 22 septembre 1959 a en effet estimé qu'en l'absence d'une abrogation expresse, les dispositions du Code des Douanes précitées demeuraient en vigueur.

Les arrêts « Sociétés d'oxygène et d'acétylène d'Extrême-Orient » et sieur Haberstroh, tous deux du 14 juin 1964 (AJDA 1964, p. 181 et 183, chronique p. 153) ont confirmé cette jurisprudence : le Gouvernement peut continuer à utiliser les habilitations qui lui ont été consenties avant 1958, si difficilement conciliables soient-elles avec la nouvelle Constitution. (Adde : CE 8 juillet 1966. Nguyen Kim Hai. L. 457).

Le problème de la constitutionnalité ne se pose que pour les lois votées postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution. Sur le plan des principes, il ne fait pas de doute que le législateur ne peut pas introduire de nouvelles habilitations, ni même maintenir celles qu'il avait antérieurement accordées. Mais en l'absence d'un contrôle de constitutionnalité efficace, cette solution ne peut être toujours respectée. Très souvent la difficulté pratique de la respecter prouve à quel point cette solution peut être défectueuse.

Théoriquement, la saisine du Conseil Constitutionnel permet de prévenir l'adoption d'une loi étendant irrégulièrement les pouvoirs du Gouvernement. Il est inutile d'insister sur le peu d'efficacité de ce contrôle préventif qui reste facultatif dans le cas des lois ordinaires et surtout subordonné à des considérations politiques. Il suffit de noter que la loi votée et promulguée ne peut plus être mise en cause, l'article 37, alinéa 2, ne visant que l'hypothèse inverse d'un empiètement du Parlement. Enfin, le Conseil Constitutionnel s'est jugé incompétent à l'égard des ordonnances de l'article 32 et des lois votées par référendum, c'est-à-dire à l'égard des deux catégories de textes législatifs les plus susceptibles de restreindre le domaine de la loi puisqu'en l'occurrence le Gouvernement fait office de législateur (12).

Depuis 1958, un certain nombre d'actes à caractère législatif ont effectivement institué des habilitations inconstitutionnelles (13). Aucun moyen de droit ne peut en paralyser les effets si le Conseil Constitutionnel n'a pas été saisi. Dans l'arrêt précité du 24 novembre 1961, Fédération Nationale des syndicats de police (AJDA 1962.313), le Conseil d'Etat a pu sanctionner une

(12) C.C., 15 janvier 1962, Dalloz 1960-293, note HAMON.

C.C., 6 novembre 1962 (J.O. 7 novembre 1962), (référendum du 28 octobre).

(13) C.E., 19 mars 1965, Association dite amicale des délégués interdépartementaux... L. 183, par exemple.

telle attitude car il considère une ordonnance non ratifiée comme un acte administratif.

Mais en règle générale, il se trouve désarmé car il se refuse à contrôler la constitutionnalité des lois. Il fait au contraire respecter l'intention du législateur par l'autorité administrative, conformément à des conceptions héritées du passé : « ... il résulte de ces dispositions (du statut de la magistrature) que les auteurs de l'ordonnance ont entendu conférer au Gouvernement les plus larges pouvoirs pour édicter, à titre transitoire, des mesures spéciales relatives » à certains points du statut des magistrats d'Outremer, « dans ces conditions, l'ordonnance du 22 décembre 1958 doit être regardée comme ayant autorisé le règlement d'administration publique du 20 janvier 1961 à déroger... au principe de l'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même cadre ». (CE 27 juin 1962. Puig. AJDA 1963.42. RDP 1962-1242). M. Waline remarque que la jurisprudence emploie un raisonnement identique à celui fait à propos des lois de pouvoirs spéciaux. Non seulement le législateur renonce provisoirement à une partie de sa compétence mais encore il autorise l'Administration à déroger à des principes qui s'imposent normalement à elle (14).

La stricte délimitation des domaines de la loi et du règlement que semble établir la lettre de la Constitution est loin d'être respectée en pratique. De nombreuses exceptions, régulières ou non, mais inattaquables, viennent en atténuer la portée. Le pouvoir d'exécution des lois est maintenu dans un rang subalterne par l'article 21, mais certaines extensions de compétence altèrent la physionomie que lui donne la combinaison de cet article avec d'autres dispositions constitutionnelles.

Cet état de choses est difficilement évitable si on prend en considération les problèmes concrets. L'harmonisation du Code des Douanes par exemple avec la Constitution est en fait irréalisable (15). Le tarif des droits de douanes entre indiscutablement dans le domaine de la loi, mais « dans un but d'efficacité pratique indiscutable » lui aussi, la décision doit appartenir en fait au pouvoir réglementaire. La conciliation de ces exigences opposées, était, traditionnellement depuis 1814, que le décret était soumis à ratification parlementaire. Les auteurs de l'article précité soulignent, à juste titre, qu'en « l'état actuel des choses, l'analyse juridique mène à une impasse » (p. 114) car la solution

(14) C.E., 13 novembre 1964 Starile, A.J.D.A. 1965.364.

C.E., 15 octobre 1965, Union fédérale des magistrats et RELIQUET, A.J.D.A. 1965.603, chr. p. 590.

Le gouvernement est autorisé à prendre « toutes mesures utiles même contraires à des dispositions législatives ou constitutionnelles en vigueur ou à des principes généraux du droit ».

(15) Léo HAMON et Claude EMERY, *Vie et droit parlementaire*. La ratification parlementaire des modifications apportées par voie réglementaire au tarif des droits de douane et l'article 34 de la Constitution, R.D.P. 1964, p. 108-117.

ne peut être trouvée que dans une formule de collaboration des pouvoirs et d'interprétation de leurs domaines qui est radicalement exclue par la Constitution. La fixation des droits de douanes par la loi est, sinon impraticable, du moins contraire aux exigences d'une bonne politique. La fixation par ordonnance dénature la procédure et la fixation par décret autonome viole gravement la Constitution.

« Certes, tout raisonnement conserve en l'occurrence un caractère byzantin, puisque l'absence d'un véritable contrôle de constitutionnalité permet à l'accord des pouvoirs publics d'assouplir en fait, les dispositions de l'article 34 » (*ibidem*, p. 115). Les dispositions de la Constitution créent des situations inextricables à cause de leur rigidité, souvent inadaptée aux besoins de notre époque, car elles concilient mal l'efficacité gouvernementale et le contrôle parlementaire. La faiblesse des sanctions permet de pallier dans une certaine mesure ces inconvénients ; il en résulte malgré tout une situation malsaine où l'irrégularité des solutions adoptées fournit un aliment à des conflits éventuels.

Sous réserve des difficultés qui peuvent naître dans certains cas, la nouvelle notion de l'exécution des lois a clarifié la question des rapports entre la loi et le règlement. Elle empêche le législateur de se déposséder de ses propres compétences et confine le règlement dans un rôle purement complémentaire : il est chargé de mettre en application des dispositions législatives fixant les règles relatives à certaines matières énumérées par la Constitution.

Section IV. — Le mode d'exercice du pouvoir d'exécution des lois.

L'originalité de la conception française tient à ce que le pouvoir d'exécution des lois appartient au Premier Ministre en vertu de la constitution elle-même. Il en résulte qu'il s'agit d'une prérogative propre au Gouvernement et que la loi ne peut y porter atteinte. D'autre part, ce pouvoir ne peut s'exercer que pour l'exécution d'une loi déterminée. La médiation de la loi qu'impose la Constitution entraîne certaines conséquences : la loi est fondée à régir les modalités selon lesquelles elle sera exécutée. Ces deux aspects se combinent pour préciser le régime juridique selon lequel le pouvoir réglementaire subordonné peut s'exercer.

§ 1. — Le fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire subordonné et ses conséquences

L'article 21 de la Constitution confère au Premier Ministre une compétence générale pour assurer l'exécution des lois. Il lui

confie par là même un pouvoir propre dont aucun acte juridique ne peut le dépouiller.

1°) *Le pouvoir réglementaire peut être exercé spontanément*

Il arrive fréquemment que le législateur charge le Gouvernement de compléter une loi par un règlement. Il s'agit même d'une clause de style dans toutes les lois importantes. Mais l'invitation du législateur n'est nullement nécessaire pour provoquer l'intervention du règlement complémentaire. Le Président de la République autrefois, le Premier Ministre actuellement, tient directement de la Constitution le pouvoir de prendre de tels règlements. Cette solution a été acquise très tôt car Louis XVI déjà a fait spontanément des proclamations dont le caractère réglementaire est indiscutable. Elle a été constamment confirmée par la pratique depuis le XIX^e siècle (16). Tous les auteurs classiques reconnaissent la constitutionnalité de cette façon d'agir. Selon Carré de Malberg « en tant que ces mesures ne sont que la mise en œuvre des prescriptions même de la loi, elles rentrent au premier chef dans la puissance exécutive, et par conséquent, le Président a le pouvoir de les édicter spontanément » (17). La jurisprudence a quelquefois l'occasion d'affirmer que la circonstance qu'un décret qui vise un texte législatif ait été pris sans que ce texte ait expressément prévu un règlement d'application, n'est pas de nature à entacher ce décret d'illégalité (CE 2 février 1957, Jockel. L 82).

Cette compétence n'appartient qu'au seul détenteur du pouvoir exécutif. Les ministres, bien que chargés de l'exécution des lois ne pourraient en aucune façon se substituer au chef du Gouvernement pour prendre des règlements complémentaires. Ce dernier peut par contre utiliser librement l'ensemble de ses prérogatives. Aucune procédure instituée par la loi ne vient préciser la forme que doit revêtir sa décision. Il peut s'agir indifféremment d'un décret simple ou en Conseil d'Etat, d'un décret délibéré ou non en Conseil des Ministres, précédé ou non de tels avis qui seraient jugés utiles.

L'importance de cette solution ne doit pas être minimisée : le chef du Gouvernement reçoit par là-même la possibilité de remplir sa fonction. Le silence du législateur ne peut pas le condamner à l'inaction. Corrélativement cette faculté de décréter spontanément des règlements complémentaires peut prendre la forme d'une obligation. L'Administration ne saurait refuser d'appliquer une loi sous prétexte que les mesures réglementaires nécessaires à son application n'ont pas été prises alors même que cette loi

(16) Cf. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, § 45, p 661 et sq. EISMEN, *Eléments de Droit Constitutionnel*, p. 509 et sq. etc...

(17) CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'Etat*, n° 215. Cf. aussi DUGUIT, *op. cit.*, § 47.

ne les aurait pas prévus. (CE 13 juillet 1962. Kevers-Pascalis. Dalloz 1963.606, note Auby). La souplesse de la solution française mérite donc d'être notée.

En pratique, les règlements complémentaires spontanés sont relativement rares. D'une part, il est peu de lois qui ne prévoient pas expressément des règlements d'application. D'autre part, le développement du pouvoir réglementaire autonome a apporté une autre solution aux besoins pratiques qui justifiaient l'exercice spontané du pouvoir d'exécution des lois. Il semble même que le Gouvernement ait tendance à viser l'article 37 de la Constitution lorsqu'il prend une mesure qui n'est pas expressément prévue par la loi appliquée. La jurisprudence du Conseil d'Etat l'y autorise ; il se prémunit ainsi contre une annulation due à un excès de pouvoir mais il contribue à accroître la confusion des catégories juridiques. (Voir par exemple le décret 61-788 du 24 juillet 1961 qui réglemente la propagande électorale : il modifie deux décrets d'application dont un R.A.P. en visant à la fois l'article 37 et le Code électoral). Il n'est donc pas inutile de rappeler que l'article 21 de la Constitution est une base juridique suffisante pour un règlement complémentaire spontané.

2°) *Le pouvoir réglementaire ne peut être supprimé par une disposition législative*

La seconde conséquence du fondement constitutionnel du pouvoir d'exécution des lois est qu'il ne peut être supprimé par un acte juridique dont la valeur est inférieure à celle de la Constitution. Pratiquement, le législateur ne peut pas interdire au Gouvernement de prendre les mesures d'application d'une loi. Une telle décision serait certainement inconstitutionnelle car elle irait directement à l'encontre de l'article 21.

Cette question est moins évoquée que la précédente car elle semble avoir peu d'importance pratique. Il n'est guère vraisemblable, surtout à l'heure actuelle, qu'une loi prétende prohiber tout règlement. Néanmoins, Duguit, qui est le seul auteur à avoir examiné l'hypothèse, a relevé une loi du 11 avril 1908 relative à la prostitution des mineurs dont l'article 3 § 4 contient une telle prohibition. Selon le doyen de Bordeaux, soit elle ne vise que les règlements des maires et préfets, soit elle est inconstitutionnelle.

Il peut se faire que les dispositions d'une loi excluent l'application par voie réglementaire. Il en est ainsi par exemple lorsque l'exécution de la loi implique une appréciation personnelle, un examen particulier des circonstances de l'affaire. Dans ce cas, l'illégalité du règlement ne résulte pas de la volonté du législateur, mais du contenu même de la disposition législative : l'interposition d'un règlement gênerait le sens d'une décision à laquelle la loi confère un caractère d'*irritus personae*. Les deux

hypothèses sont donc tout à fait différentes. Lorsqu'une loi prévoit que les titulaires de certains postes sont choisis après examen des titres individuels des candidats (CE 13 juin 1952. Bruntz), il n'est pas possible d'adopter des critères de choix généraux et impersonnels. Par contre, la loi ne pourrait interdire la fixation d'une procédure réglementaire d'examen des dossiers. Dans le premier cas, la loi est violée dans son esprit comme dans sa lettre. Dans le second cas, elle serait complétée sur des points de détail en vue de permettre une meilleure application.

L'intervention de la nouvelle Constitution ne doit pas changer la solution traditionnelle. Une loi fixant les règles d'une matière peut être aussi détaillée qu'il est possible, la nécessité d'un règlement complémentaire ne peut jamais être exclue par avance car il répond à des besoins différents qui ne sont pas toujours prévisibles. Il serait théoriquement concevable que le pouvoir réglementaire n'ait pas le droit de pénétrer dans le domaine de la loi sans une invitation expresse du législateur ou qu'une prohibition législative puisse lui en interdire l'accès.

Cette solution suppose un rôle considérable au critère matériel dans la Constitution de 1958 et surtout elle méconnaît les nécessités pratiques qui justifient, aujourd'hui comme hier, la compétence générale du pouvoir d'exécution des lois.

§ 2. — La médiation de la loi et ses conséquences

Nous avons vu dans une section précédente qu'après un élargissement considérable de la notion d'exécution des lois, la Constitution de 1958 imposait le retour à une conception plus stricte. Seul un règlement intervenu pour l'application d'une loi déterminée ressortit actuellement du domaine du pouvoir réglementaire subordonné. Une loi s'interpose donc toujours entre le décret et l'article 21 de la Constitution qui fonde la compétence du Premier Ministre. Cette loi ne lui confère pas un pouvoir nouveau puisqu'il tient de la Constitution elle-même le pouvoir d'exécuter toutes les dispositions des lois. Elle lui attribue un objet, une matière sur lesquels il peut exercer ses prérogatives. D'autre part, et c'est ce qui nous intéresse ici, elle détermine les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire subordonné. De ce point de vue, elle peut notamment rendre son intervention obligatoire et en déterminer les formes.

1°) L'invitation législative à prendre un règlement

Cette invitation est fréquente au point d'être devenue une véritable clause de style dans les lois contemporaines. Elle se présente sous deux aspects principaux. Il peut s'agir d'une invitation à compléter la loi sur un point particulier qui n'a pas été entièrement traité par elle (par ex. CE 9 décembre 1949.

Union de la propriété bâtie de France. D 1950.214. Une ordonnance remet à un décret le soin de définir les locaux vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés). Cette méthode est particulièrement utilisée pour résoudre des questions qui font appel à des notions techniques ou qui exigent une adaptation permanente aux circonstances. Une formule plus générale demande à un décret ou à un règlement d'administration publique de compléter l'ensemble des dispositions de la loi. Elle a pour but essentiel de permettre la conciliation de cette loi particulière avec l'ensemble de la législation et surtout de donner à l'Administration les moyens de s'adapter à sa nouvelle tâche.

L'invitation législative peut être plus ou moins contraignante. Fréquemment la loi se borne à disposer que « des décrets portant R.A.P. fixeront, en tant que de besoin, les conditions d'application » de ses dispositions (CE 23 mai 1958. Ministre de l'Éducation Nationale c/ Sieur Weber. L 293. Décret-loi du 20 mai 1955 introduisant en Alsace-Lorraine les lois relatives à l'enseignement technique). Le Gouvernement conserve alors sa liberté d'appréciation et si l'intervention des règlements ainsi prévus n'est pas nécessaire pour permettre l'application de la loi, il n'est pas tenu de les prendre. Autrement dit, la loi ouvre au pouvoir réglementaire une faculté dont il aurait pu disposer spontanément. La seule conséquence de cette disposition législative est alors de fixer la forme dans laquelle le Premier Ministre devra user de son pouvoir réglementaire.

Mais l'invitation législative peut aussi être impérative. Dans ce cas la confection du règlement devient obligatoire. La doctrine a beaucoup discuté sur l'existence et la nature de cette obligation. Elle s'accorde actuellement à y voir un aspect de l'obligation plus générale de remplir la fonction assignée à une autorité. La jurisprudence est allée jusqu'à accorder à tous les intéressés le moyen contentieux de contraindre l'administration à prendre un règlement. La nature, l'étendue et la sanction de cette obligation seront étudiées plus en détail dans la III^e partie consacrée à la mise en œuvre du pouvoir réglementaire (18).

Les conséquences de l'invitation législative sont assez nombreuses. Il suffit ici de les énumérer rapidement car nous les retrouverons plus bas dans la III^e partie. Du point de vue de la loi, l'intervention des règlements est susceptible de conditionner son entrée en vigueur. Celle-ci peut être subordonnée par la loi à cette condition. Ou bien l'existence de dispositions complémentaires est absolument indispensable à l'application du texte principal. L'exécution prématurée de la loi est soit illégale (19), soit impossible (20). La contrepartie est que le gouvernement est tenu, de par sa fonction constitutionnelle, de

(18) Cf. *infra*, III^e partie, chapitre III.

(19) C.E., 24 décembre 1945, *Fatié* L. 304, par ex.

(20) C.E., 23 novembre 1949, *Gaulard*, L. 497.

prendre les mesures d'application nécessaires. S'il est très difficile de lui imposer le respect des délais prévus par la loi (le dépassement des délais ne peut avoir d'influence sur le plan de la légalité. CE 24 janvier 1958. Syndicat National F.O. des officiers de police... RPDA 1958 n° 79), les autres formes d'illégalité peuvent être sanctionnées plus aisément. Le Conseil d'Etat décide actuellement qu'une loi, comme tout autre texte, doit être appliquée dès sa publication si les mesures prévues pour la compléter ne s'avèrent pas indispensables à son application. Cette façon de passer outre à l'inertie administrative prouve que, dans l'esprit du juge, l'obligation d'assurer l'exécution des lois se fonde moins sur l'injonction législative que sur la fonction constitutionnelle du pouvoir exécutif. Par contre c'est toujours de la volonté du législateur que dépendent les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire subordonné.

2°) *La détermination par la loi des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire.*

a) Détermination de l'autorité compétente.

Le premier ministre est l'autorité de droit commun chargé de l'exécution des lois. Mais le législateur demeure le régulateur des compétences au sein de l'administration. A ce titre, il lui appartient de conférer à d'autres autorités que le premier ministre le pouvoir de prendre les règlements complémentaires. Cette détermination de compétence peut s'exercer au profit d'un ou de plusieurs ministres. Le règlement est alors pris sous forme d'arrêté ministériel ou interministériel. Le développement constant de l'activité normative de l'administration a généralisé le recours à cette pratique qui allège la tâche des services du premier ministre. Les périodes où le gouvernement lui-même détient le pouvoir législatif sont particulièrement favorables à cet élargissement des pouvoirs ministériels (cf. CE 22 mars 1944. Vincent. Sirey 1945.3.53. CE 1^{er} juillet 1960. Assemblée permanente des présidents de chambre d'agriculture. AJDA 1960.330). Il faut d'ores et déjà noter qu'une jurisprudence bien établie admet qu'un décret peut intervenir à la place de l'arrêté s'il est contresigné par les ministres compétents pour prendre l'arrêté (21). Cette solution présuppose et affirme l'unité du gouvernement.

La loi est également fondée à attribuer compétence à une autorité administrative non gouvernementale. Dans ce cas, elle crée des droits à l'autorité à qui est conférée la nouvelle compétence et qui détient de ce fait une compétence exclusive. Le

(21) C.E., 22 février 1946, Botton L. 58.

C.E., 26 juillet 1947, Richer des Forges, L. 357.

C.E., 2 novembre 1962, Assedic de la sidérurgie de l'Est, A.J.D.A. 1963.151.

pouvoir d'exécution des lois n'est pas supprimé, il est seulement transféré à un autre titulaire que celui prévu par la constitution. Le Conseil d'Etat veille au respect de la volonté du législateur : « ... Le gouvernement ne peut exercer les pouvoirs généraux qui lui sont ainsi reconnus en la matière qu'à la condition qu'une disposition législative spéciale postérieure n'ait pas habilité une autre autorité à régler en tout ou en partie » la matière en cause (CE 25 octobre 1957. Duval RDP 1958.512 note Waline), (cf. aussi CE 6 mars 1959. Etablissements M.A.B. AJDA. 1959.313). Cette attribution de compétence, autrefois exceptionnelle, tend à se développer, le plus souvent au profit d'organismes techniques ou professionnels, comme conséquence de l'inflation du pouvoir réglementaire qui caractérise notre époque.

En tout état de cause, il ne peut s'agir que d'un pouvoir réglementaire exceptionnel qui déroge à la règle normale de compétence. Il doit donc être interprété strictement et s'appuyer sur un fondement légal exprès. Malgré une pression constante de l'administration, le juge administratif se refuse, encore plus nettement que par le passé, à faire du ministre l'autorité chargée d'assurer l'exécution des lois par voie réglementaire. Il s'oppose *a fortiori* à tout empiètement d'une autorité subordonnée.

b) Détermination des formes du règlement.

Le législateur ne se borne pas à déterminer l'autorité compétente pour prescrire les règlements complémentaires. Il règle également les formes d'intervention de cette autorité. Le nombre des formes possibles n'est limité que par son imagination. « Mais ces sous-distinctions ne répondent pas à des différences essentielles entre ces diverses catégories : elles proviennent au contraire de ce que tous les règlements faits sur habilitation législative ont pour trait commun d'être régis par la loi qui les a prévus, en sorte que soit leur forme, soit leur contenu éventuel, sont déterminés par cette loi, et cela sans qu'il y ait un rapport de dépendance nécessaire et constant entre cette forme et ce contenu » (22). Quelques observations sur les principales sortes de décrets suffiront.

La délibération en conseil des ministres et la signature consécutive du président de la République sont assez rares ou du moins elles ne sont pratiquement pas prescrites par la loi. L'hypothèse normale est donc celle d'un décret du premier ministre. Une tendance actuelle de la pratique législative consiste à multiplier les avis conformes ou consultatifs d'organismes plus ou moins spécialisés. Au titre des avis d'experts, on peut citer l'avis conforme que doivent donner l'Académie nationale

(22) CARRE DE MALBERG, *Théorie Générale de l'Etat*, p. 649, tome I.

de médecine et le Conseil permanent d'hygiène sociale au R.A.P. qui détermine les modalités d'application de la loi du 5 janvier 1950 sur la vaccination obligatoire par le BCG (CE 12 décembre 1953. Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille D. 1954.511). La consultation du Conseil supérieur de la fonction publique sur de nombreuses modalités d'application du statut de la fonction publique permet plutôt la participation des représentants d'une catégorie socio-professionnelle. A la limite, des raisons techniques ou politiques rendent assez formel le pouvoir de décision du premier ministre ; d'autant plus que le Conseil d'Etat contrôle sévèrement l'accomplissement des formalités prévues par la loi (23).

L'avis du Conseil d'Etat est un des plus importants de ceux qui peuvent être requis par la loi. Il joue un très grand rôle dans la détermination de la hiérarchie formelle des décrets. On distingue traditionnellement par ordre croissant d'importance, le décret simple pris sans consultation du Conseil, le décret en Conseil d'Etat qui suppose l'avis de la ou des sections administratives compétentes, enfin le règlement d'administration publique et le décret en forme de règlement d'administration publique (ce dernier n'existe pas en matière d'exécution des lois) qui réclament la réunion de l'assemblée générale. Le gouvernement a l'obligation d'adopter soit le texte qu'il a soumis au Conseil d'Etat soit le texte proposé par celui-ci mais il ne peut effectuer aucune modification même conforme aux vœux du Conseil sans présenter à nouveau l'ensemble du projet. Cette jurisprudence rigoureuse fait véritablement participer le Conseil d'Etat à l'élaboration du texte (24).

Le législateur choisit la forme de décret qu'il juge être la plus appropriée aux circonstances. Le règlement d'administration publique présentait autrefois des caractères particuliers qui le mettait fort au-dessus de tous les autres décrets. Jusqu'à l'arrêt du 6 décembre 1907. Grandes compagnies de chemin de fer, il était considéré comme une délégation de puissance légis-

lative. A partir de 1907, il n'est plus que le plus solennel des décrets, généralement employé comme règlement complémentaire des lois importantes. La constitution de 1958 marque une nouvelle étape de son déclin : les règlements autonomes sont pris par décret en Conseil d'Etat. Ils peuvent modifier les lois antérieures à 1958 prises en dehors du domaine de l'article 34. Logiquement ils doivent donc pouvoir agir de même à l'égard des R.A.P., ce qui altère la règle de parallélisme des formes. Si la violation d'un R.A.P. par un texte inférieur est normalement illégale (CE 23 octobre 1959. Dame Lahaye. AJDA 1960. 202), les hypothèses où le R.A.P. perd sa prééminence se multiplient (25).

Pour prévenir les difficultés prévisibles, le gouvernement et le parlement tendent de plus en plus à renvoyer les mesures d'application des lois à des décrets en Conseil d'Etat. Le statut de la fonction publique depuis 1959 ne renvoie plus à des R.A.P. comme en 1946. Ainsi les règlements autonomes et les règlements complémentaires sont pris dans la même forme et le même texte contient souvent des dispositions édictées en vertu de l'article 37 et d'autres édictées en vertu de l'article 21. Ce déclassement peut être opéré par un décret de l'article 37 modifiant une disposition législative (CE 16 janvier 1963. Confédération nationale des syndicats dentaires et sieur Rand L. 27, à propos des mesures d'application du livre III du code de la Sécurité sociale). Le nombre des R.A.P. diminue donc en même temps que leur rang.

La réforme du Conseil d'Etat effectuée par décret le 30 juillet 1963 risque d'accroître encore le déclin du R.A.P. En vertu de l'article 21 du décret 63.766, la compétence de l'assemblée générale s'étend aux projets de lois, d'ordonnances, de décrets pris en vertu de l'article 37 et de règlements d'administration publique. « Toutefois le vice-président du Conseil d'Etat peut sur proposition du président de la section ou de la commission compétente, décider de ne pas porter à l'ordre du jour de l'assemblée générale certains des projets » relevant des deux dernières catégories. Cette réforme amorce l'unification des diverses sortes de décrets en Conseil d'Etat. Il semble qu'à brève échéance il n'en existera plus qu'un type quelle que soit la procédure interne qu'imposent les exigences de la division du travail au sein du Conseil d'Etat.

Il n'en demeure pas moins que le pouvoir exécutif investi directement par la constitution de la compétence d'exécution des lois, est largement soumis aux lois qui en règlent les conditions d'exercice. Il use d'une compétence propre (c'est ainsi qu'il n'épuise pas l'habilitation consentie en prenant le règlement mais qu'il peut le modifier ultérieurement aussi souvent qu'il

(23) C.E., 6 mai 1960, Fédération Générale des Syndicats Chrétiens de Fonctionnaires, A.J.D.A. 1960.282. C.E., 21 décembre 1960, Colomb et Fédération des Syndicats Chrétiens de Fonctionnaires (défaut de consultation du Conseil Supérieur de la Fonction Publique). C.E., 1^{er} juillet 1966, Société d'exploitation de la clinique Rech, L. 429.

C.E., 8 juin 1962, Martial de LABOULAYE (irrégularité de la consultation de l'Institut des Vins de consommation courante).

Pour plus de détails, cf. AUBY, *Le régime juridique des avis dans la procédure administrative*, A.J.D.A. 1956.53.

(24) C.E., 1^{er} juin 1962, Union Générale des Syndicats de Mandataires aux Halles Centrales de Paris, A.J.D.A. 1963.21 et la jurisprudence citée dans les observations.

Sur le plan contentieux, il s'agit d'une incompétence, moyen d'ordre public, et non d'un vice de forme. C.E., 25 janvier 1957, Keinde Serigne, L. 63.

Adde : C.E., 11 février 1966, Ordre des avocats à la cour de Paris et Grente, A.J.D.A. 1966.360.

(25) Cf. chronique générale de la jurisprudence, A.J.D.A. 1962.14 à propos de l'arrêt Pilet du 1^{er} décembre 1961.

est nécessaire) dans les conditions prévues par la loi. Le silence de la loi lui restitue une plus grande autonomie dans le choix de voies et moyens. La même conciliation harmonieuse entre une fonction institutionnalisée et les exigences particulières de chaque loi se retrouve dans la détermination du contenu matériel du règlement complémentaire.

Section V. — L'étendue des pouvoirs du gouvernement en matière d'exécution des lois.

L'article 21 de la constitution confère au premier ministre une compétence dont il ne précise pas l'étendue. Aucune constitution antérieure n'a jamais contenu de dispositions sur ce sujet. L'intention du pouvoir constituant est donc nette. La délimitation des compétences respectives de la loi et du règlement ne doit pas obéir à des règles trop rigides ; elle doit être effectuée et perpétuellement adaptée en fonction des besoins par les intéressés eux-mêmes, c'est-à-dire le parlement et l'administration (ce qui inclut le juge administratif). L'esprit général des institutions fournit un certain nombre de directives qui peuvent être utilisées dans cette recherche permanente.

La doctrine classique s'est assez peu penchée sur le problème. La plupart des auteurs se bornaient à mettre en relief la règle d'or d'un régime libéral exprimée par le commissaire du gouvernement Romieu (26) : la constitution et la tradition constitutionnelle républicaine s'opposent à ce que l'administration qui n'a aucun caractère représentatif de la volonté générale puisse prendre des dispositions réservées à la loi comme les restrictions à la liberté et à la propriété individuelle, l'établissement de peines et de taxes... Hauriou est l'auteur qui a poussé le plus loin l'idée que la loi interprète les rapports sociaux du point de vue de la liberté alors que l'administration agit dans un esprit à la fois constructif et autoritaire. Mais l'analyse des rapports entre la loi et son règlement d'application n'est jamais poussée bien loin. Deux grandes idées émergent : le règlement précise, détaille les dispositions de la loi sans pouvoir rien y ajouter qui n'y soit préalablement contenu. D'autre part, il exécute les tâches qui lui sont confiées par la loi et sur ce point l'étendue de ses pouvoirs dépend de l'intention du législateur. Aucune étude systématique n'a permis de préciser la portée de ces indications qui découlent toutes deux de la suprématie de la loi. Personne n'a résolu le paradoxe que présente Bonnard avant d'y apporter un début de solution : « Etant donné que le règlement vient compléter les lois existantes sans pouvoir par ailleurs les modifier vu sa subordination à la loi, on s'est deman-

(26) Conclusions sous C.E., 4 mai 1906, Babin, D.P. 1908.3.7.

dé dans quelles mesures le règlement pouvait compléter la loi sans que celle-ci en soit modifiée » (27).

Puisque la doctrine ne fournit guère d'indications utiles, force est de se tourner vers le droit positif. L'analyse de la jurisprudence est extrêmement précieuse. Sans jamais formuler de théorie générale, elle parvient à établir un ensemble de solutions qui donnent satisfaction car elles rendent compte de la pratique voulue et suivie par les pouvoirs publics. Grâce à elle, grâce aussi à l'attitude des pouvoirs publics, aucune difficulté sérieuse n'a jamais affecté concrètement les relations entre la loi et le règlement complémentaire. La constitution de 1958 a provoqué un certain nombre de modifications qui sont plus apparentes qu'effectives. Ainsi la tradition républicaine qui interdit au pouvoir réglementaire d'exercer certaines prérogatives réservées à la loi s'efface devant l'article 34, mais sa valeur réelle était des plus réduites. Malgré tout le caractère résiduel de la compétence du pouvoir réglementaire mérite d'être réexaminé en fonction de la nouvelle constitution. Il faut ensuite distinguer les pouvoirs généraux qui appartiennent à l'autorité administrative en dehors de toute précision législative et les pouvoirs particuliers qui lui sont conférés par une loi.

Sous-section 1. — Le caractère résiduel de la compétence du pouvoir réglementaire.

§ 1. — Le problème avant 1958.

L'avis du Conseil d'Etat donné le 6 février 1953 donne le dernier état du droit classique (28). Il adopte l'interprétation formulée par Carré de Malberg selon laquelle la constitution « ne délimite pas la législation et l'administration par leur matière propre mais uniquement par leur degré de puissance respective, en tant que l'administration ne peut s'exercer qu'en exécution des lois » (29). Le domaine éventuel de la loi est illimité, c'est-à-dire que n'importe quelle règle de droit peut être édictée en forme législative. Sous la réserve de la nécessité d'une autorisation législative, le domaine du règlement est également indéfini.

L'avis du Conseil d'Etat énumère une série de matières réservées à la loi par la constitution, par les principes généraux du droit résultant de la tradition républicaine et par la loi elle-même. En réalité, il ne s'agit pas vraiment d'une délimitation

(27) BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 2^e éd., p. 255.

(28) Cf. texte de l'avis : R.D.P. 1953.170.

(29) CARRÉ DE MLEBERG, *Théorie Générale de l'Etat*, I, n° 202.

de matières (30) : elle n'a pas pour conséquence de prohiber l'intervention du pouvoir réglementaire car n'importe quelle loi, même organique, peut être complétée par un règlement d'application. La liste des matières législatives est une liste des dispositions normatives qui ne peuvent être édictées que par une loi en raison de leur importance. La philosophie politique née de la révolution française et exprimée dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 pose en principe que seule la loi, expression de la volonté générale peut régir et par conséquent garantir ou limiter l'exercice des libertés individuelles. Tout le régime juridique libéral découle de cet axiome.

Le pouvoir réglementaire subordonné peut intervenir en toutes matières, même spontanément. Mais quelle que soit la matière dans laquelle il intervient, il lui est interdit de prendre certaines mesures qui imposeraient aux intéressés des obligations non prévues par la loi. Une loi qui crée une caisse de retraite et de prévoyance des clercs et employés de notaire, prévoit qu'un règlement « déterminera les modalités de constitution, d'organisation et de gestion financière de la caisse... ». Pourtant « en prévoyant que... les notaires devront payer les frais des inspections auxquelles il aura été procédé dans leurs études », le décret attaqué « met à la charge de ces notaires une obligation qui ne pouvait leur être imposée que par la loi ou en application d'un règlement auquel le législateur aurait donné ce pouvoir » (31). Ce décret n'a pas méconnu les limites de sa compétence *ratione materiae* (il règle bien des modalités de gestion financière de la caisse) mais l'étendue de ses pouvoirs : il a institué une redevance obligatoire à caractère fiscal en violation de la tradition constitutionnelle et de certaines dispositions législatives. L'impôt, le service militaire, le droit de propriété, l'état et la capacité des personnes, l'organisation judiciaire, les libertés publiques sont les principaux domaines où le règlement ne peut ajouter aux obligations des citoyens des charges » qui en raison de leur nature ou de leur importance ne pourraient être imposées que par voie législative ». (CE 12 novembre 1954. Jammes L. 585).

Pour le reste, le pouvoir réglementaire n'a d'autres bornes que la loi elle-même. Seule une loi formelle peut en principe modifier ou abroger une autre loi formelle. La compétence du pouvoir réglementaire, théoriquement illimitée ne peut s'exercer que conformément aux lois en vigueur. Son étendue est donc déterminée par le parlement. Concrètement les possibilités d'initiative du règlement subordonné dépendent du degré de précision de

(30) Toutefois le législateur ne peut en principe autoriser le pouvoir réglementaire à statuer par décrets-lois sur des matières législatives par nature, c'est-à-dire réservées à la loi par la Constitution ou la tradition constitutionnelle.

(31) C.E., 25 octobre 1957, Duval (2^e espèce) R.D.P. 1958.515, note WALINE.

la loi qu'il applique. C'est en ce sens que l'on peut parler du caractère résiduel du pouvoir réglementaire (32). Il n'existe aucun domaine réservé à son profit, puisque la loi peut intervenir à tout instant sur n'importe quel sujet. Le règlement est chargé de combler les vides de droit, de concilier des lois parfois disparates, de préciser les conditions pratiques d'exécution, bref de faire du droit positif un ensemble à peu près cohérent qui permette la bonne marche de l'Etat.

Le législateur est donc le régulateur des compétences de l'administration. Il l'est déjà en légiférant puisque toute prescription législative précise le domaine résiduel du règlement et définit le sens de son intervention. Il l'est aussi en déterminant purement et simplement l'étendue des pouvoirs qu'il confère à l'autorité administrative. Si la législation a tendu à être de plus en plus touffue et abondante, l'extension du pouvoir réglementaire par dessaisissement du législateur est devenue habituelle. A la fin de la III^e et de la IV^e République, la constitutionnalité de diverses procédures était devenue tout à fait contestable. La suprématie du parlement n'en subsistait pas moins et, avec elle, le caractère résiduel de la compétence de l'exécutif.

§ 2. — Le problème dans la constitution de 1958.

Le pouvoir réglementaire subordonné maintenu par l'article 21 s'exerce dans un domaine réservé à la loi par l'article 34. Il faut donc opérer une conciliation entre ces deux dispositions constitutionnelles. Analysant les diverses parties de l'article 34, tous les commentateurs ont conclu comme M. Hamon (33) à l'établissement d'une distinction entre les matières législatives quelle que soit l'importance de la question et les matières mixtes où le législateur n'est compétent que pour les principes fondamentaux. Les matières intégralement législatives sont celles dont la loi fixe les règles et peut par conséquent régir jusqu'au plus infime détail. Elles ne comportent pas de limites à la compétence du législateur. Le pouvoir réglementaire subordonné subsiste mais son domaine et sa compétence semblent devoir, plus que jamais, revêtir un caractère strictement résiduel.

Une décision du Conseil constitutionnel du 3 mai 1961 (Sirey 1961.349 note Hamon) remet en cause cette opinion doctrinale. Le conseil est saisi d'une demande du premier ministre tendant à voir déclarer le caractère réglementaire de plusieurs dispositions du code électoral. Il relève que, le droit de suffrage faisant partie des droits civiques, il appartient au législateur d'en fixer

(32) Le pouvoir réglementaire autonome lui-même ne peut prendre des mesures de police ou d'organisation des services publics que conformément aux lois en vigueur et sur des matières non légiférées.

(33) Léo HAMON, *Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière*, Dalloz 1959, chr. 253.

les règles ; « il n'appartient au pouvoir réglementaire que d'édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles ».

Le conseil ébauche à partir de là une distinction rigide entre « les règles concernant le droit de suffrage qu'il appartient au législateur de fixer » et « les conditions pratiques d'exercice et le droit de vote par procuration (qui) ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire ». En vertu de quoi, il délégalise trois dispositions du code électoral.

Cette décision bouleverse toutes les solutions antérieures en créant un domaine réservé au profit du pouvoir d'exécution des lois. Selon elle, le législateur excéderait ses pouvoirs en établissant les conditions pratiques de mise en œuvre des règles qu'il a fixées.

Le conseil constitutionnel a utilisé cette jurisprudence dans une seule autre affaire, elle aussi relative au code électoral (décision du 4 décembre 1962. J.O. 7 décembre 1962 p. 12025). Il n'est donc pas possible d'y voir, en l'état actuel des choses, une solution définitivement adoptée. Mais les termes mêmes des considérants évoquent un arrêt de principe. C'est en tout cas ce que pense un des annotateurs les plus autorisés (34). Un auteur en tire argument pour nier que le conseil constitutionnel fasse encore une différence entre les règles et les principes fondamentaux (35). C'est précisément sur ce point que la critique est la plus aisée.

La décision du 3 mai 1961 suppose une confusion entre le pouvoir d'exécution des lois de l'article 21 et le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37. La constitution n'établit une distinction assortie d'un contrôle contentieux que pour ce dernier. L'article 37, alinéa 2 notamment, en vertu duquel le conseil constitutionnel a été saisi, a pour but de réprimer les empiètements des « textes de forme législative » sur le domaine du pouvoir réglementaire autonome prévu à l'alinéa précédent du même article. Il faudrait supposer que le conseil constitutionnel a entendu confier à des règlements autonomes le soin d'édicter les mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre des règles législatives. En fait, la modification des trois dispositions de forme législative que le conseil constitutionnel a autorisé n'a pu être faite que par de tels règlements puisque les règlements complémentaires restent subordonnés à la loi. Dans ces conditions, l'article 21 de la constitution doit être réputé non écrit et tout le régime juridique qu'il fonde disparaît avec lui.

Les conséquences ne seraient pas seulement contraires à la constitution. Elles seraient aussi très peu pratiques. En systé-

(34) Léo HAMON, *La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de Sécurité Sociale, de droit syndical et de droit du travail*, Droit Social 1964.407.

(35) A.G. COHEN, Article précité, R.D.P. 1963.745.

matissant un peu, on pourrait envisager une distinction rigide : la loi se bornerait à édicter les règles normatives et le règlement fixerait les dispositions constructives, les « conditions pratiques de mise en œuvre ». Depuis le XIX^e siècle, la législation pratique effectivement une distinction de cet ordre. La difficulté est de déterminer une frontière juridiquement fondée, permanente et respectée grâce à des recours juridictionnels. Une telle délimitation risquerait fort d'être arbitraire. Dans l'espèce en cause, le vote par procuration est considéré comme une règle législative ; en bonne logique il n'est pourtant qu'une modalité de l'exercice du droit de suffrage et le conseil constitutionnel aurait dû lui reconnaître un caractère réglementaire. Il ne l'a pas fait et sa solution est raisonnable car à la limite il pourrait ne découvrir que trois dispositions normatives dans tout le code civil comme l'a fait Duguit (36).

Si libérale soit-elle, cette décision est arbitraire car elle n'a aucun fondement sûr. Pour limiter les conséquences de cette jurisprudence, le conseil constitutionnel risque d'être conduit à des solutions effroyablement complexes. Il suffit de voir comment M. Hamon justifie et généralise le jugement en cause : « Quand l'existence d'un droit est dans le domaine de la loi, le principe de sa possibilité pratique d'exercice ne peut en être exclu » ; par contre les conditions pratiques d'exercice proprement dits sont fixées par voie réglementaire. Si l'idée est juste, on voit mal comment elle pourrait être appliquée par le parlement et l'administration.

Une telle répartition des compétences est abstraitement concevable. Mais il serait très difficile de la formuler en règles suffisamment claires et précises pour en permettre l'application sans heurts. Le départ entre les principes fondamentaux et les mesures qui les mettent en œuvre est assez délicat à réaliser malgré un contentieux considérable. Tout laisse à penser que le départ entre les règles et leurs conditions pratiques d'exercice poserait des problèmes au moins aussi ardu du fait de l'imbrication encore accrue des dispositions juridiques. L'intérêt pratique d'une telle délimitation serait beaucoup plus réduit car elle ne permettrait même pas d'alléger la tâche du législateur.

Au demeurant, elle résulte d'une jurisprudence occasionnelle du conseil constitutionnel et n'a trouvé aucun écho ni dans la pratique parlementaire ni dans la jurisprudence administrative. Mieux vaut la considérer comme un cas d'espèce et conserver la solution traditionnelle qui est appliquée en fait : aucune limite ne peut être opposée à l'intervention de la loi dans les matières dont elle fixe les règles. Le pouvoir réglementaire subordonné dispose d'une compétence résiduelle qui est déterminée par la

(36) DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2^e éd., tome I, § 7, p. 40 (liberté des conventions, respect de la propriété, responsabilité pour faute).

loi et peut être modifiée par elle à tout instant. En particulier l'abrogation d'un décret d'application par une loi est juridiquement licite.

Dans son domaine propre, la suprématie de la loi doit être reconnue sans conteste et la délimitation des deux compétences est assurée par l'autorité qui édicte les dispositions principales, ce qui est à même de lever beaucoup de difficultés. Il ne faut toutefois pas oublier que le gouvernement tient ses pouvoirs directement de la constitution. A ce titre, il dispose naturellement de pouvoirs propres sans que la loi ait besoin de les lui conférer expressément (37).

Sous-section 2. — Les pouvoirs généraux de l'exécutif en matière d'exécution des lois

La détermination de tels pouvoirs est nécessaire pour donner un sens à l'investiture que le gouvernement tire de la constitution : le gouvernement (ou une autre autorité administrative désignée par la loi) est fondé à prendre des règlements d'application spontanément ou sur invitation du législateur. Par hypothèse la loi ne définit pas l'étendue de ses pouvoirs dans le premier cas. Il peut en être de même dans le second. Le législateur s'abstient généralement d'apporter des précisions lorsqu'il estime que les pouvoirs généraux reconnus au gouvernement par la jurisprudence lui suffiront pour remplir sa mission. Tel est le sens de la clause de style selon laquelle « un règlement d'administration publique déterminera les conditions d'application de la présente loi ». L'étendue des pouvoirs du gouvernement ne se détermine pas de façon simple. La jurisprudence reconnaît d'abord que l'établissement de règles de procédure et d'organisation fait partie de la compétence naturelle de l'exécutif. Elle entend ensuite de façon de plus en plus large le développement des règles normatives. Elle tient compte enfin des compétences détenues à d'autres titres qui peuvent interférer avec l'exécution des lois. La limite de ces pouvoirs se dégage naturellement du caractère strictement administratif des mesures d'application ainsi que de leur subordination à la loi.

(37) Le Conseil d'Etat a repris une fois la solution du Conseil Constitutionnel dans une espèce exactement identique. On peut supposer qu'il a voulu éviter une contrariété de décisions proscrite par l'article 62 de la Constitution (il était appelé à juger la légalité de dispositions que le Conseil Constitutionnel avait déjà déclarées réglementaires). Cette décision n'a pas eu d'autres prolongements.

C.E., 27 octobre 1965, Lallemand, R.D.P. 1966-348.

§ 1. — La distinction des dispositions normatives et des dispositions constructives.

La distinction est formulée de façon théorique par le doyen Duguit (38). Bonnard est le premier auteur qui songe à l'utiliser pour expliquer le droit positif. Selon lui, « pour décider si le complément apporté à la loi par le règlement comporte ou non une modification de la loi, la jurisprudence paraît envisager, sauf à la préciser, la distinction des dispositions normatives et des dispositions constructives, ces dernières seules n'impliquant pas modification à la loi. Ainsi imposer un délai pour l'exercice d'un droit constitue une disposition normative, car la portée du droit se trouve modifiée par le délai d'exercice (CE 9 juillet 1924. Claude L 658) » (39).

Cette distinction était plus ou moins ébauchée par la plupart des auteurs. La doctrine estimait en général que le règlement « ne peut aller jusqu'à étendre ou restreindre la portée de la loi dans le temps ou dans l'espace, soit quant aux personnes, soit quant aux choses » (40). A l'inverse, les règles de procédure et d'organisation relèvent normalement de sa compétence. Mais seule la formule proposée par Bonnard offrait un critère relativement rigoureux et précis. Il est curieux de constater qu'elle est restée très peu connue en doctrine. M. Auby semble être le

(38) DUGUIT a ébauché la distinction dans son livre *« L'Etat, le droit objectif et la loi positive »*, p. 551 et sq. Il l'a approfondi dans son traité de Droit Constitutionnel, § 7. « Les règles de droit normatives et les règles de droit constructives ou techniques » (tome I, 2^e édition, pp. 36-46).

« La règle de droit normative ou norme juridique proprement dite est la règle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action » (p. 37).

« ... j'appelle règles de droit constructives ou techniques celles qui sont établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l'application des règles de droit normatives. Elles organisent des mesures ; elles prennent des dispositions ; elles fixent des compétences et, pour tout dire d'un mot, elles créent des voies de droit devant assurer la sanction de la norme juridique » (p. 38).

La règle constructive, « étant en somme la règle organique de la contrainte », implique l'existence d'un Etat. « Derrière toute règle constructive, pour qu'elle soit obligatoire, doit exister une norme juridique dont elle tend à garantir l'application et le respect ».

Mais Duguit utilise cette distinction sur le plan de la philosophie du Droit. La norme juridique n'émane pas de la loi positive, elle est le produit de la conscience juridique du groupe social. Le législateur en constate l'existence ou en hâte la formation. Les règles constructives sont, elles, une création de la loi positive, mais « elles prennent leur force impérative dans la norme juridique dont elles tendent à assurer la réalisation... ». Le propos de Duguit est de montrer que « c'est l'état de conscience, précédemment décrit, qui est finalement la source créatrice du droit ».

(39) BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 2^e édition, p. 255.

(40) MOREAU, *op. cit.*, n° 126.

seul auteur à l'avoir utilisée pour analyser la jurisprudence du Conseil d'Etat (41).

La valeur explicative de cette théorie est indéniable mais seulement partielle. Les dispositions normatives constituent une adjonction à la loi, car elles modifient les droits et obligations des individus. Cette adjonction est normalement illégale. Ainsi en est-il pour la fixation de délais en matière de durée d'immatriculation aux assurances sociales (CE 1^{er} décembre 1961. Société marseillaise des grands magasins L 678). De même, lorsqu'une ordonnance règle la participation de l'Etat à la réparation des dommages causés par un ouragan, le R.A.P. qui a prévu de tenir compte de la situation personnelle du sinistré « a créé une condition d'ouverture du droit à réparation que l'ordonnance n'avait pas prévue et en a ainsi restreint la portée » (CE 22 juin 1962. Chambre syndicale des propriétaires de Strasbourg. L 414). Une jurisprudence abondante prononce l'annulation des mesures qui aboutissent à étendre ou à restreindre la portée de la loi (42). Mais le gouvernement peut détenir à d'autres titres le pouvoir de prendre des dispositions normatives (cf. infra).

Par contre l'édiction de dispositions constructives ne constitue pas par elle-même une modification irrégulière de la loi. Les règles de procédure qui ne portent pas atteinte aux droits subjectifs des particuliers figurent parmi ces mesures licites (CE 23 décembre 1959. Grand conseil de l'A.O.F. AJDA 1960.II.289. Décret relatif au mode d'établissement et à la procédure d'exécution des programmes du FIDES). (CE 2 février 1957 Jockel L 82. Décret réglementant spontanément la procédure suivie devant la section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins). Il en est de même pour les dispositions créant et organisant les services publics qui assurent l'exécution de la loi. (CE 19 mai 1961. De Reynal et de Gentile R.D.P. 1962. 161. Décret et arrêté créant deux commissions chargées d'agréer les investissements réalisés dans les départements d'Outre-Mer).

(41) Cf. par exemple AUBY, *Cours de Droit Administratif* 1958, p. 181.

(42) Extension illégale :

C.E., 7 juillet 1911, Omer DECUGIS, S. 1914.3.36.

C.E., 3 décembre 1937, WILLMANN, S. 1938.3.11, Conclusions Lagrange.

C.E., 13 mai 1949, BOURGOIN, L. 214.

Restriction illégale :

C.E., 15 novembre 1950, GAURIAULT, L. 556.

C.E., 31 octobre 1952, RIVOLAEN et BARTHELEMY, L. 482.

C.E., 21 novembre 1962, République malgache c/ Dame RAZAFINDRANALY, L. 618.

C.E., 7 décembre 1962, Dame COURSIERES-BERTHEZERE, A.J.D.A. 1963.224. Même solution dans les rapports outre un décret et un arrêté d'application.

Extension : C.E. 5 février 1963, S.N.C.F., A.J.D.A. 1960.347.

Restriction : C.E., 22 février 1963, Demoiselle CLOUET, L. 110.

C.E., 7 octobre 1966, Société de représentation et de domiciliation et Société Alpha-Service, L. 524.

Le pouvoir exécutif peut ainsi étendre sa liberté jusqu'à créer des organismes qui n'étaient nullement prévus par les textes législatifs (CE 26 juillet 1946. Union nationale des caisses familiales d'assurance sociale. L 228. Création d'une organisation de sécurité sociale propre à la région parisienne sans altération des droits et obligations des assurés sociaux intéressés).

La notion de dispositions constructives est néanmoins moins étendue que chez Duguit qui qualifie ainsi presque toutes les règles de droit positif. Sur le plan des sources du droit, la norme juridique est souvent implicite (« Tu ne tueras point ») et la législation se borne à la sanctionner (articles du code pénal réprimant l'homicide). Sur le plan de l'aménagement des compétences, toute disposition qui présuppose une norme non écrite l'introduit dans le droit positif et revêt donc un caractère normatif (l'exemple du code pénal peut être repris dans ce sens).

§ 2. — Le développement des règles législatives.

« ... En principe le président ne peut décréter de sa propre initiative que des règles qui soient le développement de celles portées par les lois » (43). Ce faisant, il ne se borne pas à établir des services et des procédures mais pénètre sur le terrain des dispositions normatives, des règles de droit dont la constitution réserve l'édiction à la loi. Cette législation secondaire, pour reprendre un terme couramment employé, se caractérise par sa subordination à la loi qu'elle exécute. Toutes ses prescriptions doivent découler logiquement ou concrètement d'une disposition législative. Il est toutefois évident que la marge de pouvoir discrétionnaire dépend du degré de précision de la loi et la jurisprudence a été conduite à admettre une extension des prérogatives de l'exécutif pour lui permettre d'exécuter certaines lois.

La première tâche du pouvoir réglementaire est d'insérer la loi dans l'ensemble du droit positif. Elle peut théoriquement être accomplie sans dispositions normatives. A la limite un commentaire de la loi, sans valeur juridique particulière, serait suffisant. En fait, la pratique des circulaires montre qu'il est difficile de ne pas prendre des mesures à caractère réglementaire. L'autorité d'exécution dégage la portée des dispositions qu'elle est chargée d'appliquer. Elle fixe le sens des prescriptions législatives qui ne sont pas toujours très claires. Son interprétation, faite sous le contrôle du juge, s'impose, si elle est légale, aux administrés comme aux autres autorités de l'Etat. Elle résout préventivement un certain nombre de litiges que pourraient susciter des divergences d'interprétation. Elle assure l'unité d'application

(43) CARRE DE MALBERG, *op. cit.* I.652.

des mesures administratives consécutives à la loi et par là même l'égalité des administrés devant la loi (44).

Le pouvoir exécutif fixe de même le champ d'application de la loi. Cette dernière se situe toujours dans un ensemble législatif avec lequel elle doit être combinée. Elle comporte des limites au-delà desquelles elle porte atteinte aux autres lois. Mais elle formule rarement ces limites et l'exécutif doit les dégager de l'intention du législateur de l'objet, du but, des motifs de la loi... Cette tâche est souvent délicate (45). La conciliation des lois de droit privé avec une police administrative soulève parfois de grandes difficultés en raison de l'hétérogénéité des deux législations. En théorie, l'ordonnancement juridique est peu affecté par ces opérations. En réalité l'intervention du pouvoir exécutif est capitale, et même indispensable. Cette fonction se retrouve, sous une forme ou une autre dans tous les systèmes juridiques évolués. (CE Ass. 13 juillet 1966. Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F. A.J.D.A. 1966.615 chr 609) (CE 16 février 1966. Conseil départemental de la Seine de l'Ordre des chirurgiens-dentistes. L 120).

En second lieu, le pouvoir exécutif est amené à préciser les dispositions législatives dans ce qu'elles ont d'incomplet ou de vague. Le règlement précise les modalités pratiques d'exécution que la loi a négligées pour ne pas s'alourdir inutilement (CE 22 mars 1944. Vincent. Sirey 1945.3.53 note Charlier. Les quantités de métal réunies en paiement de l'impôt-métal sont calculées par hectogramme, les fractions d'hectogramme inférieures à 50 grammes étant négligées). Il définit les notions juridiques dont la loi n'a pas spécifié le contenu (46). Il s'agit d'une véritable définition, si la loi est totalement silencieuse ; d'une concrétisation ou d'une explicitation si les indications de la loi sont plus nombreuses. Dans tous les cas, il y a un apport à l'ordonnan-

(44) Cf. conclusions ETTORI sous C.E., 26 avril 1929. Syndicat « l'Union des voies ferrées et des transports automobiles », R.D.P. 1929.319.

(45) Comparer : C.E., 9 décembre 1949, Union de la Propriété Bâtie de France, Dalloz 1950.214 (en précisant qu'est inoccupé le local dont le seul locataire est décédé, un décret ne viole pas l'article 795 du Code Civil qui concerne les rapports de droit privé entre les héritiers du défunt et le propriétaire) et C.E., 1^{er} décembre 1961, Société Jean Rogues, L. 675 (en excluant le remboursement de cotisations à un non-assuré social, un R.A.P. porte atteinte au droit de répétition de l'indu des articles 1376 et 1377 du Code Civil).

(46) C.E., 22 mars 1944, VINCENT précité (les vieux métaux, les déchets de fabrication... sont exclus des métaux pouvant être remis en paiement de l'impôt-métal).

— C.E., 9 décembre 1949, Union de la propriété bâtie de France, précité (définition des locaux vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés).

— C.E., 1^{er} juin 1956, Société Approvisionnement, Livraison, Vente et Publicité, A.J.D.A. 1956.335. Conclusions Landron. C.E., 8 décembre 1964. Société Robert DELAVENNET et autres ainsi que deux autres espèces, A.J.D.A. 1964.423. Chronique générale de jurisprudence (définition du système de ventes avec timbres-primés ou avec primés en nature)

cement juridique dont le juge contrôle la conformité à la loi. Les catégories juridiques ainsi définies déterminent les conditions d'application ou de non-application d'une prescription législative (47).

Le caractère normatif de ces dispositions complémentaires ne peut être nié. Il est d'ailleurs affirmé par la jurisprudence (48). Cette participation du pouvoir réglementaire à l'œuvre normative de la législation a l'avantage de permettre l'adaptation de la loi aux circonstances changeantes. La loi de 1951 relative à la prohibition des ventes avec primes qui a déjà été évoquée donne la mesure de la liberté d'action qui peut être ainsi reconnue à l'administration. Mais une interprétation libérale des pouvoirs du gouvernement a souvent pour effet de renforcer la loi elle-même.

En troisième lieu, élargissant encore son champ d'action, le pouvoir exécutif peut expliciter les règles dont la loi se borne à prévoir les principes : un décret-loi fixe que « les établissements ou services d'utilité agricole (créés par les chambres d'agriculture) sont gérés et leurs opérations sont comptabilisées conformément aux lois et usages du commerce ». L'arrêté d'application ne peut « apporter au principe (ainsi) posé... d'autres restrictions que celle qui sont prévues par ce décret lui-même ou qui découlent nécessairement du caractère juridique des établissements et services d'utilité agricole, lesquels sont des services publics non dotés de la personnalité morale dépendant d'un établissement public administratif ». (CE 1^{er} juillet 1960. Assemblée permanente des présidents de chambre d'agriculture. A.J.D.A. 1960.330). Il concilie donc deux régimes juridiques déterminés selon un critère fixé par le texte initial. De façon plus

(47) Cf. Les quatre arrêts précités relatifs à la prohibition des ventes avec primes. La loi excepte de cette prohibition « les menus objets publics remis à l'acheteur à l'occasion d'une vente de faible valeur ». Le décret détermine la portée de cette exception en fixant successivement à 15 % en 1951 et à 5 % en 1961 la fraction du prix de la marchandise que peuvent atteindre ces « menus objets ». Il fixe à la fois la méthode de calcul et le taux de l'exception. On voit dans ce cas la latitude qu'a le pouvoir exécutif dans l'application des lois.

Adde : C.E., 12 mars 1965, Fédération des chambres syndicales de négociants importateurs... L. 135.

C.E., 2 avril 1965, Fédération des associations de fonctionnaires... L. 217.

C.E., 12 janvier 1966, Chambre syndicale des loueurs de voitures automobiles, L. 31.

(48) C.E., 10 février 1950, Syndicat des propriétaires viticulteurs... de Châteauneuf du Pape, L. 34. Une ordonnance institue un impôt et prévoit un coefficient de majoration. « Aucune disposition de cette ordonnance, qui n'a été complétée par aucun texte réglementaire, n'a confié à une autorité administrative le pouvoir de fixer le coefficient envisagé ». Le ministre des Finances ne pouvait donc le faire de sa propre autorité. Seul un décret aurait pu prendre cette décision indispensable à l'application de la loi, le ministre ne fait qu'énoncer les prétentions de l'administration et non pas édicter une règle obligatoire.

générale, le règlement complémentaire peut être appelé à dégager un texte applicable de directives plus ou moins précises.

L'analyse précédente se borne à énumérer les principales hypothèses où un règlement peut comporter des dispositions normatives soit qu'il situe la loi, soit qu'il la précise, soit qu'il en déduise les conséquences, mais elle n'est pas limitative. De par sa fonction, l'Exécutif est tenu de prendre toutes les mesures indispensables pour assurer l'efficacité de la loi, même si elles ne sont pas expressément ou tacitement contenues dans la loi.

La doctrine considérait que cette faculté était restreinte par l'impossibilité de porter atteinte aux libertés individuelles, au droit de propriété et à toutes les matières que la tradition réservait à la loi. Une série impressionnante d'arrêts annule depuis longtemps les règlements qui mettent à la charge des administrés des obligations qui ne peuvent leur incomber qu'en vertu d'une loi (49). Mais la jurisprudence n'a jamais entendu paralyser l'application d'une loi en refusant à l'Exécutif le pouvoir d'édicter une disposition indispensable.

La loi de 1925 qui établit une taxe d'apprentissage ne donne aucune définition de l'apprenti. C'est un décret qui fixe son âge maximum à 18 ans. Sa validité est reconnue bien qu'il détermine l'assiette d'un impôt, opération normalement réservée à la loi (CE 26 avril 1929. Syndicat « l'Union des voies ferrées et des transports automobiles R.D.P. 1929.319. Conclusions Etori). « Nous estimons, déclare le commissaire du gouvernement, que l'auteur du règlement, en dehors de toute habilitation expresse à l'égard de la fixation de l'âge de l'apprenti, avait le pouvoir d'édicter une disposition nécessaire à l'application de la loi ». La solution contraire aurait paralysé la loi. Cet arrêt doit être rapproché de celui par lequel le Conseil d'Etat admet qu'en matière de vaccination obligatoire, « la séparation prophylactique du sujet du milieu contagieux où il vit est une mesure indispensable pour garantir l'efficacité et l'innocuité de la vaccination » et peut donc être édictée par décret (CE 12 décembre 1953. Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille. Dalloz 1954.511, note Rossillion).

L'inspiration des deux arrêts est semblable : l'Exécutif doit détenir l'ensemble des moyens nécessaires à l'exercice de sa fonction. Mais la notion de mesure indispensable n'est pas définie

(49) C.E., 22 mars 1497, Ministre des finances c/ Galeries Barbès, D. 48.349, note J.G.

C.E., 12 novembre 1954, Jammes, L. 585.

C.E., 25 octobre 1957, Duval (2^e espèce) R.D.P. 1958.515.

T.A. Lille, 4 décembre 1963, S.A. des Etablissements A. Desbouvries, A.J. D.A. 1964.46.

C.E., 4 décembre 1964, Ministre des Finances et des Affaires Economiques c/ Société « Etablissement Alfred Desbouvries », A.J.D.A. 1965.247 et 223 (chr.).

et s'élargit d'un arrêt à l'autre : dans le premier, la nécessité est logique et juridique : la taxe ne peut être établie sans qu'en soient définis tous les éléments juridiques. La nécessité de la mesure réglementaire se dégage du contenu même de la loi qui est incomplète. Dans le second arrêt, il s'agit d'une nécessité de fait qui résulte de la technique médicale : en l'état actuel de la science, une vaccination sans séparation prophylactique est inefficace ou dangereuse. La restriction à la liberté individuelle que prévoit le règlement ne découle pas directement des prescriptions législatives mais d'un état de choses qui s'impose à la loi elle-même.

Cet élargissement de la compétence de l'Exécutif résulte de l'attitude du législateur. Ce dernier, aux prises avec des problèmes techniques qu'il est incapable de maîtriser, abdique trop souvent ses responsabilités. La réforme constitutionnelle de 1958 peut lui permettre de mieux exercer ses fonctions. L'arrêt de 1953 est demeuré un arrêt isolé : le Conseil d'Etat n'a pas consacré l'extension massive de compétence que redoutaient certains commentateurs. Selon toute probabilité, il ne renoncera pas non plus à une jurisprudence qui autorise l'Exécutif à pallier les déficiences éventuelles de la loi.

Le caractère indispensable d'une mesure ne peut être apprécié que cas par cas. Il pose un problème de légalité que le juge doit examiner avec d'autant plus de soin que l'atteinte portée aux droits et libertés est plus grande. La théorie du pouvoir de police peut être transposée en la matière : dans un cas comme dans l'autre, la décision administrative doit se justifier par sa nécessité effective. Dans la mesure où le règlement complémentaire ne se borne pas toujours à assurer un développement logique des règles législatives et se fonde parfois sur les nécessités de fait pour imposer des solutions non prévues par la loi, il devient difficile de formuler des règles générales de compétence ; mais le contrôle du juge n'en est que plus nécessaire.

§ 3. — L'utilisation de compétence détenues à d'autres titres

Le pouvoir d'exécution des lois n'est que l'une des prérogatives octroyées à l'Administration. Il s'exerce concurremment avec les pouvoirs attribués par des lois spéciales et avec le pouvoir réglementaire autonome. Il est impossible de cantonner chacun d'eux dans un domaine précis et d'éliminer tout point de contact entre eux.

L'Administration, pour sa part, ne songe pas à pratiquer une séparation analytique de ses pouvoirs, mais les considère plutôt comme des moyens dont la mise en œuvre dépend de leur adaptation au but poursuivi. Bien entendu le droit législatif et jurisprudentiel impose quelques limites au caractère interchangeable de ces moyens d'action. L'Administration, corps juridique auto-

nome et unifié, a une tendance naturelle à intégrer ses diverses prérogatives dans un même ensemble. Dans cette perspective, elle peut être amenée à utiliser pour exécuter les lois des compétences qui lui sont normalement conférés à d'autres titres.

Avant 1958, cette situation était exceptionnelle. En dehors d'habilitations spéciales qui ne pouvaient guère interférer avec l'exécution des lois, l'Administration ne disposait que de pouvoirs généraux très limités. Le pouvoir d'organisation des services publics, qui pouvait être exercé de façon autonome, se dissolvait dans les dispositions constructives prises pour l'exécution des lois.

Seule la police générale constituait une prérogative nettement différenciée. Le problème du maintien de l'ordre public se pose à propos de l'application de la plupart des lois quel que soit leur objet. Des mesures de police peuvent ainsi faire partie de règlements complémentaires. Le Conseil d'Etat le reconnaît au sujet de l'application à la batellerie fluviale de la loi limitant la durée du travail : « en s'efforçant d'empêcher que l'institution du nouveau régime du travail fit obstacle à une exploitation rationnelle des voies navigables et en prévoyant, dans ce but, l'établissement par région d'un échelonnement des départs journaliers des bateaux, le Président de la République n'a fait qu'user tant des pouvoirs spéciaux qui lui ont été conférés pour fixer les conditions d'application de la loi du 23 avril 1919 que des pouvoirs généraux de police qui lui appartiennent » (CE 8 février 1924. Ligne de navigation fluviale. DH 1924.188).

Au contraire de l'organisation des services publics, la police de l'ordre public comporte l'édition de dispositions normatives qui peuvent limiter les libertés individuelles de façon appréciable. L'Exécutif dispose ainsi d'une nouvelle source de puissance normative. Les mesures qu'il prend n'ont nul besoin d'un fondement textuel, il faut et il suffit qu'elles interviennent pour concilier l'application de la loi avec les nécessités de l'ordre public et n'excèdent pas les pouvoirs de l'autorité de police. Elles s'intègrent à l'ensemble du règlement complémentaire et font corps avec lui. Toutefois, si la loi n'en a pas disposé autrement, elles peuvent rester assorties des sanctions pénales de l'article R 26 - 15° du Code Pénal. Cette possibilité d'invoquer concurremment plusieurs fondements à une même série de dispositions accroît encore la souplesse de la compétence d'exécution des lois.

La Constitution de 1958 en élargissant le domaine du pouvoir réglementaire autonome a renouvelé les problèmes d'interpénétration des compétences. L'arrêt Daunizeau, du 27 janvier 1961, a consacré l'unité fondamentale des deux pouvoirs réglementaires de l'article 21 et de l'article 37. Il a favorisé la généralisation de la pratique employée par l'Administration : viser concurremment la loi appliquée et l'article 37 de la Constitution.

La nature même du pouvoir réglementaire subordonné le

pousse à déborder du domaine de la loi sur celui du règlement autonome. Les dispositions législatives peuvent se cantonner dans leur domaine constitutionnel, mais les dispositions d'application font éclater ce cadre rigide dans la mesure où elles développent les conséquences des premières. Par exemple, le statut de la radiodiffusion-télévision française n'a un caractère législatif que dans la mesure où il intéresse une liberté publique et se rattache à la création d'une catégorie d'établissement public (Conseil Constitutionnel 19 mars 1964. AJDA 1964.302). Il est pourtant entièrement régi par la loi du 27 juin 1964 et les décrets d'application prévus à son article 10. La réforme constitue un tout difficile à dissocier bien que, juridiquement, elle aurait dû relever pour partie du pouvoir réglementaire autonome.

Une telle situation est très fréquente : en raison de l'imbrication des différentes règles, la plus élevée et la plus riche en contenu tend à faire des autres ses satellites, sans respecter le cadre statique établi *a priori* par la Constitution. Certaines de ses extensions de compétence sont régulières : notamment l'organisation et le fonctionnement de certains services peuvent être indissociables des règles de fond que le législateur est compétent pour fixer. Mais le plus souvent il s'agit d'une violation pure et simple des prescriptions constitutionnelles.

Le Gouvernement ne s'élève guère contre cette pratique qui, de toute façon, n'altère pas ses pouvoirs : compétent pour agir de façon autonome, il conserve, pour prendre les règlements d'application, les prérogatives que lui confère l'article 37 de la Constitution : si le décret excédait les pouvoirs d'exécution des lois, le Conseil d'Etat opérerait une substitution de base légale et consacrerait sa validité. La dépendance du règlement envers la loi qu'il applique est à nouveau atteinte par cette solution. Elle n'en subsiste pas moins.

§ 4. — La limite des pouvoirs généraux d'exécution des lois

Le règlement d'application intervient dans le domaine réservé à la loi avec des pouvoirs extrêmement étendus. Mais ce fait ne diminue en rien son caractère strictement administratif et subordonné qui peut s'analyser en deux aspects principaux : son rang dans la hiérarchie des actes juridiques tient à ce qu'il est un acte administratif. Sa dépendance spéciale à l'égard de la loi qu'il applique découle de sa fonction d'exécution.

1°) Le caractère exécutif du règlement d'application

Les développements précédents ont montré que la compétence normative de l'Exécutif était étendue. La liberté d'action dont il dispose vis-à-vis de la loi qu'il applique tend plutôt à s'élargir : mais dans l'exercice de ses prérogatives, il doit respecter l'orien-

tation donnée par la loi. M. Eisenmann parle d'un « rapport d'harmonie » entre la loi et le règlement, ce qui va au-delà du principe de non-contrariété ou de compatibilité représentant la règle générale du principe de légalité (50).

Il ne suffit donc pas que le règlement ne viole aucune disposition de la loi qu'il applique, bien que cette violation constitue déjà une illégalité (CE 15 juillet 1959. Société Desmarais. AJDA 1959.350). Il faut qu'il tende à assurer l'exécution de la loi : une identité de but doit donc exister entre la mesure principale et la mesure d'application.

En pratique, cela signifie une appréciation rigoureuse de la conformité de la seconde à la première : la mesure indispensable à la bonne application de la loi est légale (CE 12 décembre 1953. Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille. D 1954.511), la mesure inutile est illégale même si elle ne viole aucune disposition législative (CE 1^{er} juillet 1960. Assemblée permanente des Présidents de Chambre d'agriculture. AJDA 1960.330). L'Exécutif doit respecter l'esprit de la loi : le législateur en distinguant les locaux inoccupés des locaux vacants fait reposer la définition des premiers sur une appréciation de fait, le règlement ne peut donc faire appel à des notions de droit sans méconnaître le sens de la loi (CE 9 décembre 194. Union de la propriété bâtie de France. D 1950.214).

Il en est de même pour tous les actes d'exécution car leur dépendance spéciale envers l'acte principal découle de leur fonction : un décret charge un haut comité médical de définir l'orientation générale du contrôle de la Sécurité Sociale, les arrêtés d'application ne peuvent lui attribuer une mission permanente d'inspection (CE 11 mai 1962. FNOSS et Bazin. AJDA 1963.175).

L'Exécutif dispose donc d'une certaine marge d'initiative mais il ne peut user de ses pouvoirs que dans le but de faciliter la mise en application des dispositions législatives. L'extension de sa compétence normative est partiellement compensée par un contrôle rigoureux de ses fins.

2°) Le caractère administratif du règlement d'application

Depuis 1907, le règlement d'administration publique n'est plus analysé comme comportant une délégation du pouvoir législatif. Tous les actes d'exécution revêtent donc un caractère purement administratif ; il en résulte un certain nombre de conséquences.

Le règlement d'application occupe dans la hiérarchie des actes juridiques une place déterminée par son auteur. Il ne peut sans excès de pouvoir contrevenir aux actes qui lui sont hiérarchiquement supérieurs. L'hypothèse pratique est celle de la violation

(50) EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E. 1957, n° 11, p. 25.

d'une loi autre que celle qui est appliquée. (CE 1^{er} décembre 1961. Société Jean Roques. L 675. CE 21 novembre 1962. République malgache c/ Dame Razafindranaly. L 618). La seule difficulté est de déterminer dans chaque cas si la loi appliquée n'abroge pas une législation antérieure ou ne déroge pas à ses dispositions. (CE 6 juin 1962. Proche et Rabaut. L. 370. L'article 121 du Code de Sécurité Sociale « déroge à l'article 119, plus général ») (51).

Le règlement d'application est également astreint à respecter les principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence. En règle générale l'application régulière de la loi suppose le respect de ces principes (CE 19 octobre 1963. Syndicat des médecins électroradiologistes. L 492 : absence de discrimination entre les différentes catégories de praticiens), (CE 15 juillet 1960. Société Empacheur et autres. AJDA 1961.99, respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie).

Il en est ainsi pour les principes auxquels une loi pourrait déroger, comme précisément la liberté du commerce et de l'industrie. Le règlement ne peut les méconnaître que dans la mesure où cette méconnaissance est prévue par la loi ou strictement indispensable à son application. (CE 6 novembre 1959. Mouvement Français pour l'Abondance. AJDA 1960.84). En particulier il ne peut rétroagir pour respecter la loi prescrivant un délai de confection (CE 24 janvier 1958. Syndicat national FO des Officiers de police... RPDA 1958, N° 79).

Les limites qui pèsent sur le pouvoir réglementaire d'exécution des lois sont donc assez lourdes. La rigueur du principe de légalité peut parfois gêner l'Exécutif dans l'application de sa tâche. C'est pourquoi la loi prévoit souvent un aménagement particulier des compétences. L'analyse des pouvoirs généraux de l'Exécutif mettait l'accent sur leur fondement constitutionnel. Celle des pouvoirs spécialement conférés par la loi souligne l'importance de la médiation de la loi.

Sous-section 3. — Les pouvoirs spécialement conférés par la loi en matière d'exécution des lois.

La loi ne se borne pas toujours à fixer les règles de fond que l'Exécutif est chargé d'appliquer. Elle peut également déterminer les pouvoirs dont il dispose pour s'acquitter de sa mission. Dans le premier cas, les mesures réglementaires prises en vertu de la Constitution doivent être conformes à la loi. Dans le second cas l'intention du législateur fonde aussi la compétence de l'Administration. Le régime juridique qui en est la conséquence est

(51) L'adaptation aux changements de circonstances de droit pose un autre problème qui sera examiné plus loin.

donc propre à chaque loi sans généralisation possible. Toutefois, la liberté du législateur n'est pas absolue et un certain nombre de traits caractéristiques peuvent être dégagés.

§ 1. — Détermination de compétence et habilitation législative

Nous avons vu que l'article 38 de la Constitution de 1958 constitue le seul texte en vertu duquel le législateur peut déléguer temporairement une partie de sa compétence (52). Toute autre forme d'habilitation législative porte une atteinte grave à la séparation des domaines de la loi et du règlement. Il importe de bien distinguer cette hypothèse de celle qui est envisagée ici. Le législateur ne peut transférer au Gouvernement le pouvoir de fixer les règles ou de déterminer les principes fondamentaux dans les matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution, mais il peut lui confier le soin de prendre les mesures l'application de ces règles et de ces principes. Le critère de distinction réside dans le degré de précision de la loi : si elle donne à l'autorité réglementaire pouvoir de décider de façon inconditionnée sur une matière législative, elle viole la Constitution. Si, au contraire, ces mesures réglementaires s'insèrent dans un ensemble législatif qui les conditionnent au moins pour partie, elles conservent un caractère complémentaire.

Le juge administratif ne peut imposer le respect de cette distinction au législateur lui-même puisqu'il se refuse à contrôler la constitutionnalité des lois. Quant au Conseil Constitutionnel, il est assez peu probable qu'il soit saisi d'une espèce portant sur un tel sujet. Le respect de la Constitution dépend donc du Parlement et du Gouvernement sans qu'il existe une sanction juridictionnelle efficace.

Toutefois, le juge administratif a pu dégager et appliquer la notion de détermination de compétence en certaines occasions : il considère comme des actes administratifs les décrets-lois et ordonnances non ratifiés et exerce sur eux son contrôle juridictionnel, notamment en ce qui concerne leur conformité à la Constitution. C'est ainsi qu'il annule l'ordonnance transférant au Gouvernement le pouvoir de définir les garanties fondamentales accordées aux personnels de police (CE 24 novembre 1961. Fédération Nationale des Syndicats de Police, précité).

Il définit la notion de détermination de compétence à propos d'un décret-loi relatif au personnel des transports maritimes : « le Gouvernement a pu, sans excéder ses pouvoirs, renvoyer à des R.A.P. le soin d'édicter des mesures d'application et d'adaptation des règles fixées par lui en vertu des pouvoirs spéciaux qui lui étaient conférés, dès lors qu'il a défini avec une suffisante précision le cadre et l'objet des mesures à intervenir ». (CE 15

(52) Cf. Section III, *Portée du pouvoir d'exécution des lois*, § 2.

juillet 1958. Dain. L 459). Cette solution valable sous l'empire de la Constitution de 1946, doit être maintenue après 1958.

Elle s'applique de la même façon dans les hypothèses de subdélégation qu'il convient d'évoquer rapidement. Une autorité doit en principe remplir elle-même les fonctions qui lui sont conférées sans pouvoir les subdéléguer à une autorité inférieure. Toutefois, l'autorité chargée de l'exécution des lois a le droit de renvoyer à une autre les modalités d'application des dispositions qu'elle édicte. (CE 26 avril 1960. Etablissements Millet et Cie. AJDA 1960.304). La formule jurisprudentielle est la même que pour les textes à valeur législative déjà cités : « Si le décret attaqué dispose... que ses modalités d'application seront déterminées par arrêté du ou des ministres intéressés, il définit avec une suffisante précision les conditions de gestion, de fonctionnement et de financement du marché, dès lors (il) a pu sans violer les dispositions (du décret-loi) qui prescrivent que ces conditions doivent être fixées par décret en Conseil d'Etat, prévoir que dans le cadre défini par le décret attaqué... les mesures destinées à assurer son application seraient prises par arrêtés ministériels ou interministériels » (CE 15 mars 1961. Etablissements Omer Decugis. AJDA 1961 700 à propos des halles de Paris).

La solution est identique parce que le problème est le même : la loi doit remplir la fonction qui lui est conférée par la Constitution comme le décret doit remplir celle qui lui est conférée par la loi. D'une façon générale, chaque organe doit exercer sa compétence à chaque échelon de la hiérarchie, seul varie le contrôle juridictionnel. Mais ni dans un cas, ni dans l'autre, le renvoi des conditions d'application à une autre autorité n'est illégal si la mission de cette dernière est définie avec une « précision suffisante ».

Cette exigence de « précision suffisante » constitue une directive qui est explicitée dans chaque cas particulier, soit pour valider (CE 2 juillet 1958. Fédération nationale des Syndicats d'utilisateurs et transformateurs de lait. L 407) soit pour annuler (CE 2 novembre 1962. Géraud. AJDA 1963.112). Elle conserve suffisamment de souplesse pour pouvoir s'adapter aux circonstances et ne pas lier le pouvoir d'appréciation du Conseil d'Etat. Bien qu'elle échappe pratiquement à tout contrôle juridictionnel, la loi tient généralement compte de cette exigence lorsqu'elle détermine la compétence de l'autorité de renvoi.

§ 2. — Pouvoirs de l'exécutif et intention du législateur

Sous réserve des limites qu'il s'impose volontairement, le législateur est libre de définir à sa guise les pouvoirs de l'Exécutif. En présence d'une invitation expresse de la loi, le juge administratif se refuse à accueillir des moyens tirés de la violation de la Constitution (exemple récent d'une jurisprudence constante :

CE 12 juin 1963. Union Nationale des Equarisseurs de France L 354).

Le Conseil Constitutionnel ne se reconnaît compétent qu'à l'égard des lois votées par le Parlement. Il refuse d'apprécier la constitutionnalité de « celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». (CC 6 novembre 1962). De plus ses règles de saisine ne le mettent pas à même de sanctionner un abandon de compétence : il n'a pas eu à juger la validité de la loi du 13 avril 1962 qui crée une catégorie d'ordonnances non prévues par la Constitution et soustraites à la ratification législative.

Le Conseil d'Etat annule une de ces ordonnances parce que ses dispositions violent certains principes généraux du droit, mais non parce qu'elle manque de base constitutionnelle (53). La loi a donc la possibilité d'excéder ses pouvoirs mais elle en use le plus souvent conformément à des pratiques bien établies.

La loi fixe l'autorité compétente, qui peut ne pas être le Premier Ministre, les formes, les procédures et les délais (54). Elle détermine le contenu et l'objet des pouvoirs qu'elle confie à l'autorité de renvoi. Ce problème de l'attribution par la loi de pouvoirs particuliers est théoriquement et pratiquement distinct de celui de la détermination par la loi des conditions d'exercice.

L'invitation adressée par la loi à telle autorité de prendre un règlement selon telle forme ne s'accompagne pas nécessairement, ni même fréquemment de dispositions précisant ses pouvoirs. Dans ce cas, l'autorité de renvoi intervient avec ses pouvoirs généraux qui ont déjà été examinés. Il arrive que la disposition législative se borne à expliciter ces pouvoirs généraux mais elle peut aussi les modifier dans deux directions principales : elle fixe l'objet des mesures complémentaires et donne par là-même pouvoir pour les prendre ; elle relève le pouvoir réglementaire d'une soumission trop stricte au principe de légalité ; dans les deux cas l'étendue des pouvoirs de l'Exécutif ne se détermine plus que par référence à l'intention du législateur.

1°) Détermination par la loi de l'objet de la compétence du pouvoir réglementaire

La loi fixe très fréquemment l'objet précis du règlement complémentaire. Elle lève de la sorte toute ambiguïté sur l'étendue de la compétence de l'Exécutif. L'ordonnance du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire donne un bon exemple de cette pratique car elle prévoit simultanément deux séries de dispositions complémentaires : ses articles 2 et 8 prévoient que

(53) C.E., 19 octobre 1962, Canal A.J.D.A. 1962.626.

(54) Cf. *supra* : section IV, Mode d'exercice du pouvoir d'exécution des lois, § 2.

le siège, le ressort et la composition des juridictions qu'elle crée et des cours d'appel sont fixées par décret en Conseil d'Etat, et d'après l'article 16 « des décrets en Conseil d'Etat devront fixer les modalités d'application de la dite ordonnance ».

Dans le second cas, le Conseil d'Etat est le juge suprême des pouvoirs du Premier Ministre, car la loi ne les précise pas ; il l'autorise à user de ses pouvoirs généraux déduits de sa fonction constitutionnelle. Dans le premier cas, au contraire, le texte de l'ordonnance constitue une base légale suffisante : « le décret n° 58.1286 du 22 décembre 1958 a eu pour seul objet de déterminer le siège, le ressort et la composition des cours d'appel et des juridictions civiles dont la création a été prévue par l'ordonnance ; dès lors, le Gouvernement, en prenant ce décret, n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui ont été conférés par les articles 2 et 8 précités ». (CE 27 janvier 1961. Daunizeau. AJDA 1961.75 et 107).

Cet exemple montre bien les deux conséquences de l'invitation législative. D'une part en demandant l'intervention du pouvoir réglementaire sur un point donné, la loi lui confère *ipso facto* compétence pour le faire. Il peut se faire qu'il détienne déjà ce pouvoir à d'autres titres, mais le plus souvent il s'agit d'une extension de compétence. De toute façon, il n'y a pas d'ambiguïté possible. En second lieu, la loi devient la seule base légale du règlement dont les pouvoirs ne sont déterminés que par elle sans qu'il soit besoin de rechercher s'ils sont conformes ou non à la délimitation constitutionnelle des compétences. Autrement dit, les règles générales s'effacent complètement et seuls subsistent les rapports particuliers entre un texte principal et un texte subordonné.

La loi peut ainsi conférer à l'Exécutif des pouvoirs qu'il ne saurait exercer spontanément : elle l'autorise à édicter des dispositions qui créent des obligations à la charge des particuliers. Par exemple le Code Rural prévoit qu'un décret fixera la taxe d'équarissage, c'est-à-dire une charge fiscale : « ... le décret attaqué trouve sa base légale dans l'article 270 du Code Rural et a été pris sur l'invitation expresse du législateur, par suite le moyen (tiré d'une prétendue violation de l'article 34 de la Constitution), ne saurait être accueilli » (CE 12 juin 1963. Union Nationale des Equarisseurs de France. L 354).

La loi peut conférer des pouvoirs analogues à toute autorité administrative, en particulier au ministre : le Code de la Santé Publique donne compétence au ministre de la Santé Publique pour fixer la nomenclature des actes professionnels dont la pratique est réservée aux docteurs en médecine. L'objet même de ces arrêtés est de limiter en la matière la liberté d'activité professionnelle des particuliers (CE 17 octobre 1962. Syndicat national des Docteurs en Chiropractique. AJDA 1963.306).

L'Administration se voit attribuer une compétence normative

considérablement élargie mais qui reste dans le cadre de l'exécution des lois tant qu'elle n'est pas inconditionnée. Elle reste très fortement soumise à la loi, dans sa lettre comme dans son esprit. Elle doit user de ses pouvoirs dans le sens indiqué par la loi (si la loi établit un contingentement de l'importation du pétrole, le décret ne peut le suspendre même temporairement : CE 15 juillet 1959. Société Desmarais. AJDA 1959.350), selon les règles fixées par la loi (le décret qui fixe les honoraires des architectes doit respecter les bases de calcul établies par la loi. CE 30 janvier 1963. Caubert de Cléry et Ferre. AJDA 1963.309), en prenant les avis exigés par la loi (CE 1^{er} juin 1962. Union Générale des Syndicats de mandataires aux halles centrales de Paris. AJDA 1963.21).

De façon générale, l'Exécutif ne peut utiliser ses pouvoirs, si larges soient-ils, que conformément aux motifs et aux buts pour lesquels la loi les lui a conférés. Ainsi, le Gouvernement peut fixer un salaire minimum propre à l'agriculture car « ... le législateur, en chargeant le Gouvernement de fixer le SMIG, s'est borné à lui faire obligation de tenir compte de l'avis motivé de la commission supérieure des conventions collectives et des conditions économiques générales mais n'a ni précisé le mode de calcul qu'il devait adopter, ni limité sa liberté de fixer ce salaire minimum à des taux différents selon les différents secteurs de l'économie nationale... » (CE 21 octobre 1960. Société Coopérative « les vigneronns beaucairois ». AJDA 1961.112). Par contre, la création de zones de salaires agricoles différentes de celles qui existent pour les autres professions, ne se justifie pas (CE 19 février 1960. Fédération des Syndicats Libres des Travailleurs de la Terre. AJDA 1960.254).

Sont donc illégales les mesures dont l'inspiration ne correspond pas à l'intention du législateur et qui sortent de ce fait du champ d'application de la loi. (CE 16 novembre 1962. Syndicat intercommunal d'Electricité de la Nièvre. AJDA 1963.166, le ministre compétent pour « fixer le prix du service constitué par la location et l'entretien des compteurs électriques » ne peut instituer des exemptions au profit des économiquement faibles).

Le Conseil d'Etat procède dans chaque cas à une analyse, parfois subtile, de l'intention du législateur qui lui permet de contrôler l'utilisation de ses pouvoirs faite par l'Exécutif : il ne se borne pas à vérifier si ce dernier se tient dans les limites des matières qui lui sont assignées. Il contrôle en outre si le contenu des mesures prises est en harmonie avec la loi. Leur caractère subordonné et complémentaire reste donc bien accusé à la différence des mesures prises en vertu de pouvoirs spéciaux.

2°) Assouplissement par la loi du principe de légalité

L'analyse déjà citée de M. Capitant, explique admirablement comment les régimes antérieurs à 1958 avaient pu pousser jusqu'à l'extrême les conséquences de la souveraineté de la loi : « la hiérarchie des lois et des décrets est *subjective*, en ce sens que la valeur des décrets varie en fonction de l'habilitation du législateur. Un décret est toujours inférieur à la loi dont il découle. Mais il peut être supérieur aux autres lois, si le législateur l'habilite à les abroger ou à les modifier. La hiérarchie s'établit, non pas entre deux degrés de l'ordre juridique... mais entre chaque loi et les décrets qui en dépendent. C'est une hiérarchie relative et non pas absolue » (55). Il n'existe pas d'explication de la pratique des décrets-lois qui corresponde mieux aux tendances du régime politique et constitutionnel français.

La Constitution de 1958 exclut la notion d'habilitation et limite par conséquent les effets de la hiérarchie relative entre la loi et le décret. Mais de même que dans l'hypothèse précédente la loi peut définir l'objet du règlement complémentaire, elle peut aménager la situation de ce règlement au regard du principe de légalité. Il suffit qu'elle définisse avec une suffisante précision la portée et les limites de cet aménagement. Au demeurant, l'absence de contrôle juridictionnel ne permet pas d'envisager une application rigoureuse de cette solution qui se justifie surtout par son intérêt pratique.

Il est en effet très utile que le pouvoir réglementaire ne soit pas toujours obligé de respecter strictement chaque prescription émanant d'une autorité supérieure. L'application rigoureuse du principe de la hiérarchie des actes paraît à première vue s'imposer mais ses conséquences peuvent parfois se retourner contre les besoins d'une bonne administration.

Elle alourdirait considérablement certaines lois exigées de réglementer elles-mêmes toutes les dérogations et exceptions aux règles générales qu'elles édictent alors que le pouvoir réglementaire subordonné a pour fonction fondamentale d'assurer l'adaptation de la loi aux différentes situations concrètes. Si l'Exécutif ne disposait que de ses pouvoirs généraux, le législateur verrait son travail s'accroître et la législation deviendrait plus complexe et plus rigide qu'il n'est nécessaire.

La pratique parlementaire a donc mis au point diverses formules qui affranchissent le pouvoir réglementaire du respect de certaines règles qui gênent l'accomplissement de sa mission tout en l'astreignant à se conformer à l'intention du législateur.

(55) CAPITANT, *Les principes généraux du droit public*, Cours Paris 1955-1956, p. 225-226.

a) Exceptions et dérogations à la règle principale.

La loi autorise le pouvoir réglementaire à établir des exceptions et dérogations à ses propres prescriptions. Cette possibilité de contrevenir à la loi n'est possible et légale que si elle est expressément prévue par la loi elle-même. Elle entraîne un affranchissement du règlement à l'égard de certaines dispositions de fond de la loi mais ne diminue en rien la subordination de l'un à l'autre : l'exception ou la dérogation résulte de la loi elle-même et non du règlement qui se borne à en préciser le contenu effectif conformément à l'invitation de la loi (de façon parallèle les dérogations individuelles à une réglementation générale ne sont légales que dans la mesure où elles ont été prévues par le règlement lui-même).

La faculté de recourir à cette pratique se heurte au moins théoriquement, à une limite : la loi n'a pas le droit de conférer à l'Exécutif un pouvoir discrétionnaire d'appréciation tel que la dérogation n'émanerait plus de la volonté du législateur mais de celle de l'administration, portant ainsi une grave atteinte à la primauté de la loi. La liberté inconditionnée de déroger à la loi bouleverserait la hiérarchie régulière des actes juridiques et consacrerait indirectement un abandon de compétence de la part du législateur ; elle doit donc être tenue pour contraire à la Constitution. Cette solution ne peut être imposée par le juge à une loi qui irait clairement à son encontre, mais elle fournit un principe d'interprétation des prescriptions législatives : de façon expresse ou tacite, le pouvoir de déroger à la loi doit être considéré comme lié ou du moins soumis à des conditions restrictives.

Le statut de la Fonction Publique est un des domaines d'élaboration de cette combinaison entre loi et décret (56). L'ordonnance du 4 janvier 1959 confie à des R.A.P. le soin d'édicter certaines mesures d'application du statut général (articles 15, 25, 29, 33, 37, 41, 42, 45, 54), et à des décrets en Conseil d'Etat celui d'édicter les statuts particuliers de chaque corps. Normalement, ces décrets doivent être conformes aux dispositions de l'ordonnance et des R.A.P., ils sont des règlements complémentaires purs et simples.

Mais dit justement M. Théry dans son statut précité, « à moins de réduire le statut général des fonctionnaires à l'énoncé de quelques principes essentiels et de le vider d'une bonne part de sa substance, il était difficile d'élaborer un statut législatif applicable à l'ensemble des fonctionnaires civils des services administratifs de l'Etat sans reconnaître au Gouvernement de très

(56) Cf. J. THÉRY, *De la situation juridique des fonctionnaires civils de l'Etat dont le statut particulier peut déroger au statut général*, A.J.D.A. 1962.603-611.

SILVERA, *Les dérogations au statut général des fonctionnaires*, R.A. 1965. 488.

larges pouvoirs pour adapter ce statut à la diversité des situations particulières ». C'est pourquoi les statuts particuliers de certains corps « peuvent déroger, après avis du Conseil Supérieur de la Fonction Publique... à certaines dispositions de la présente ordonnance incompatibles avec les nécessités propres à ces corps ou services » (article 2. 3° alinéa de l'ordonnance).

Le pouvoir du Gouvernement en la matière ne saurait être discrétionnaire car cela aboutirait à lui transférer le droit de fixer les garanties fondamentales de certains fonctionnaires, droit réservé à la loi par la Constitution. La jurisprudence s'est donc employée à définir de façon restrictive les conditions d'exercice du pouvoir de dérogation.

D'une part, le Gouvernement n'est pas libre d'attribuer un statut dérogatoire à n'importe quel corps ; il se borne à constater si tel corps remplit les conditions requises pour en bénéficier. Si l'on met à part les grands corps expressément énumérés par l'ordonnance, il reste le corps enseignant et les corps ayant un caractère technique dont la définition est faite sous le contrôle du juge, c'est-à-dire relève de la légalité.

D'autre part, le recours à une dérogation reste une simple faculté, mais le contenu même de la dérogation est étroitement contrôlé par le juge. L'incompatibilité avec les nécessités propres du service est la condition légale de la dérogation, selon les propres termes du législateur. Le juge annule les dispositions qui ne sont pas justifiées par ces nécessités, par exemple la substitution du scrutin majoritaire à un tour à la représentation proportionnelle pour les élections aux commissions administratives paritaires (CE 29 janvier 1960. Fédération nationale des Syndicats de police de France et d'Outre-Mer. AJDA 1960.208). Par contre, il apprécie simplement l'incompatibilité à condition que le seul motif invoqué soit une nécessité propre au service, il contrôle l'existence d'un rapport logique entre la solution adoptée par l'Administration et les caractères propres du service, sans se prononcer sur l'opportunité de la première ; il justifie de la sorte l'obligation d'avoir accompli son service militaire et d'avoir été classé service armé imposée au candidat à un emploi des services actifs de la police (CE 28 juin 1961. Bobis. L. 448).

Le cas de la Fonction Publique est le plus important de ceux où la loi accorde au règlement le droit de déroger à ses propres dispositions (57) (58). Il fournit un bon exemple de l'interprétation à donner à ce pouvoir particulier de l'Exécutif. En dernière

(57) Il faudrait aussi envisager le cas où la loi autorise une exception aux dispositions d'une autre loi. On peut l'analyser comme la limitation du champ d'application d'une loi par une autre, ou comme une dérogation analogues à celles qui sont étudiées ci-dessus.

(58) Autre exemple dans la même matière : C.E., 18 février 1966, Fédération nationale des masseurs-kinésithérapeutes, R.D.P. 1966.632 (dérogation à l'interdiction du cumul).

analyse le caractère lié de ce pouvoir dépend toujours de l'intention du législateur.

b) Adaptation de la règle principale à une situation particulière de droit ou de fait.

La gamme des hypothèses où une loi ne peut être appliquée sans des modifications qui l'adaptent aux situations particulières est presque illimitée. Il est seulement possible de citer les plus courantes d'entre elles. A la différence de la dérogation, il ne s'agit pas d'écarter une prescription législative inapplicable mais d'en modifier les termes de façon à ce qu'elle produise tout de même les effets voulus par le législateur.

La compétence de l'Exécutif est subordonnée à une autorisation législative car elle excède ses prérogatives normales : la mesure d'adaptation contient des dispositions normatives en premier lieu, qui altèrent des dispositions législatives en second lieu. Aucune nécessité de fait ne pourrait être invoquée pour justifier cette double infraction, en lieu et place d'une invitation de la loi. L'exercice du pouvoir d'adaptation est lié et relève du contrôle du juge sur les principaux points suivants. Le motif de la mesure doit être les particularités de la situation envisagée par la loi, son but doit être d'assurer l'application de la loi. A l'intérieur de ce cadre, l'Exécutif dispose d'une large part d'initiative, tout en restant fidèle à l'esprit de la loi.

Une première hypothèse est sans doute en voie de disparition. Une loi dont le champ d'application est étendue et divers se borne à fixer des principes dont la mise en œuvre suppose une adaptation aux circonstances effectuée par le pouvoir réglementaire. La limitation du domaine de la loi, la création de matières mixtes où la loi fixe les principes fondamentaux et où le pouvoir réglementaire autonome les met en œuvre devraient réduire sensiblement les cas de ce genre. La loi du 23 avril 1919 limitant à huit heures la durée quotidienne du travail posait ainsi un cadre général susceptible de modalités très diverses : « En établissant, en vue d'assurer la limitation de la durée du travail effectif, des règles d'équivalence entre celle-ci et la durée, seule susceptible d'un contrôle efficace, des heures de présence à bord du personnel de la batellerie fluviale le chef de l'Etat n'a fait que se conformer à la volonté marquée par le législateur de voir, par des mesures appropriées, adapter le principe de la loi de huit heures aux nécessités particulières à chaque industrie » (CE 8 février 1924. Ligue de Navigation Fluviale. DH 1924.188).

Une situation analogue subsiste parfois de façon plus limitée. Une loi est normalement applicable et appliquée dans la généralité des cas, mais elle requiert des mesures d'adaptation en certains lieux ou à certaines époques : Statut des fonctionnaires en service Outremer (CE 21 novembre 1962. République Malgache c/ Dame Razafindranaly. L 615 à propos du régime des congés),

régime des dommages de guerre en Indochine où « l'évolution des événements... avait créé... une situation présentant un caractère exceptionnel » (CE Ass. 14 février 1964. Société d'oxygène et d'acétylène c/Extrême-Orient. AJDA 1964.181)... La mission confiée à l'Exécutif d'adapter la législation à des circonstances plus ou moins contingentes est la solution la plus souple à laquelle la loi puisse recourir. Sans conditionner l'entrée en vigueur de la loi, elle peut même être prévue « en tant que de besoin » (CE 23 mai 1958. Ministre de l'Education Nationale c/ Sieur Weber. L 293. « Adaptation aux situations de fait existantes » des lois relatives à l'enseignement technique introduites en Alsace-Lorraine).

L'adaptation à une situation particulière de droit est parfois nécessaire. Les mesures transitoires que suscite quelquefois la substitution d'une législation à une autre soulèvent toutes les difficultés propres à l'entrée en vigueur des actes juridiques. Sur le plan de l'exécution des lois, la mission de l'autorité administrative est nettement tracée. L'adaptation d'une loi à une législation locale non abrogée comme en Alsace-Lorraine fait naître des problèmes plus permanents mais tout aussi délicats. L'Administration reçoit le droit de modifier les dispositions de la législation ancienne ou locale en vue de la mettre en harmonie avec la loi nouvelle mais seulement dans cette mesure.

Sa mission doit être dégagee dans chaque cas en fonction de l'intention du législateur. La prolongation d'un an de l'obligation scolaire ne peut être appliquée aux garçons d'Alsace-Lorraine au-delà de l'âge de 14 ans fixé par la loi générale, même si la loi locale fixait déjà à 14 ans la fin des études (CE 3 décembre 1937. Willmann. Sirey 1938.3.11. Conclusions Lagrange). Par contre, en limitant les possibilités de cumul des pensions « le Gouvernement n'a fait qu'édicter une mesure susceptible de rapprocher sur ce point les deux régimes de Sécurité Sociale et de faciliter le passage progressif du régime local au régime général », but qui lui était assigné (CE Ass. 14 février 1964. Sieur Haberstroh. AJDA 1964.183). En dernière analyse la validité d'une mesure d'adaptation résulte de son aptitude à réaliser les résultats souhaités par la législation.

c) Affranchissement à l'égard des principes qui s'imposent au pouvoir d'exécution des lois.

Lorsqu'une loi écarte un principe qui s'impose normalement à la même mesure. Ainsi la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être restreinte que par la loi ou par un règlement qui n'est qu'un développement de la loi (CE 6 novembre 1959. Mouvement français pour l'abondance. AJDA 1959.84). Mais le règlement ne peut ajouter une restriction qui n'est pas prévue par la loi.

Sans prendre elle-même la décision de fond, la loi a également

la faculté de délier l'Administration du respect de tels principes dans l'accomplissement de telle ou telle mission. Dans la mesure où cet affranchissement est établi avec une suffisante précision par le législateur, il valide l'atteinte portée au principe par l'Exécutif qui se retrouve sur le terrain assigné à sa compétence. Le juge se borne à vérifier que ce dernier a exercé ses pouvoirs conformément à la volonté du premier.

Lorsqu'il a chargé le Gouvernement de réformer le régime de l'Ecole Nationale de la France d'Outre-Mer, « le législateur a manifestement entendu faciliter l'accession à la fonction publique des personnes originaires des territoires de la France d'Outre-Mer ». Il l'autorise de ce fait à porter atteinte à l'expression traditionnelle du principe d'égal accès à la fonction publique. Le Gouvernement a agi légalement car il n'a pas « méconnu le sens ou la portée des réformes qu'il avait été expressément invité à formuler ». (CE Ass. 11 janvier 1963. Syndicat national des Administrateurs de la FOM. AJDA 1963.289, note Homont). L'ordonnance portant statut de la magistrature « doit être regardée comme ayant autorisé (un R.A.P.) à déroger, à l'égard des magistrats de la FOM et en matière d'affectation et de limite d'âge, au principe de l'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même cadre ». En effet, ses auteurs « ont entendu conférer au Gouvernement les plus larges pouvoirs pour édicter... des mesures spéciales » sur ces matières (CE 27 juin 1962. Puig. RDP 1962.1242).

Le commentateur de cet arrêt montre que le Conseil d'Etat fait le même raisonnement qu'à propos des lois de pouvoirs spéciaux, qu'il contrôle l'objet et non le contenu des mesures prises. Il s'agit d'un cas-limite où l'on sort du domaine de l'exécution des lois pour entrer dans celui de la délégation inconditionnée de compétence. Le second danger de cette pratique tient à la nature du principe auquel il est dérogé. La loi a le droit d'écarter les règles générales formulées par une autre loi (liberté du commerce et de l'industrie non-rétroactivité des lois civiles) ou par la jurisprudence.

Elle n'a pas le droit de déroger aux principes généraux du droit qui découlent de la Constitution et ne peut donc autoriser l'Administration à y déroger. L'absence d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois et l'application du juge à faire respecter l'intention du législateur ne permettent malheureusement pas d'espérer que l'Administration ne sera jamais légalement autorisée à violer le Droit.

La revue qui vient d'être faite ne recouvre pas toutes les hypothèses où la loi confère des pouvoirs particuliers à l'Exécutif. Par définition, il n'existe que des solutions particulières à chaque loi. Le seul trait commun des prérogatives ainsi décrites est d'être régies par la loi qui les prévoit. La conséquence princi-

pale en est la grande souplesse du pouvoir d'exécution des lois, ce qui est bien le résultat cherché.

CONCLUSION : LA THEORIE GENERALE DU POUVOIR D'EXECUTION D'UNE REGLE SUPERIEURE

Le pouvoir d'exécution des lois s'était instauré au XIX^e siècle parallèlement au régime parlementaire et libéral. Il constituait un des principaux soubassements administratifs de ce régime. De ce fait, il en était arrivé à absorber la plus grande partie de l'activité de l'Administration, autrement dit du pouvoir exécutif. Son rôle effectif dans l'élaboration des règles de droit est demeuré très important, il est même plus grand, en volume, que par le passé, mais la Constitution du 4 octobre 1958 lui a ôté l'essentiel de sa signification politique et constitutionnelle : l'exécution des lois ne définit plus la fonction de l'Administration, elle n'est plus qu'une des compétences attribuées au Gouvernement par la Constitution et elle n'est même pas la compétence de droit commun.

Cette sorte de déchéance lui permet de retrouver sa justification essentielle : l'autorité chargée de mettre en application une norme générale comme la loi éprouve la nécessité d'utiliser le pouvoir réglementaire pour remplir convenablement sa mission. Les caractères spécifiques de ce pouvoir peuvent être étendus à d'autres hypothèses d'exécution d'une norme supérieure. D'autre part, ils s'accordent mal avec les principes qui inspirent la nouvelle constitution, la conciliation réalisée par la pratique est assez critiquable mais peut difficilement être améliorée.

1°) Généralisation du régime de l'exécution des lois à toutes mesures d'exécution d'une règle supérieure.

Le pouvoir d'exécution des lois est ramené à sa fonction propre. Il ne se différencie donc pas essentiellement des hypothèses similaires où une autorité administrative est chargée de mettre en application une règle supérieure, car il répond au même besoin. Son régime peut donc être généralisé, compte tenu des différences de situation dans la hiérarchie des actes juridiques : il convient de réserver dans ce régime ce qui est propre à la loi, expression de la volonté générale, affranchie de tout contrôle de constitutionnalité. L'édition d'une norme et le renvoi à des mesures d'application ne peuvent être le fait que d'autorités administratives beaucoup plus liées par le droit que le législateur. Mais ce qui tient à la fonction proprement dite peut être aisément transposé d'une hypothèse à l'autre.

Un argument en faveur de cette transposition résulte de la pratique même du législateur. Ce dernier peut écarter l'autorité

normalement chargée par la constitution d'exécuter les lois et désigner à sa place une autre autorité. Il use fréquemment de cette possibilité, au profit notamment des ministres. Sous réserve des particularités organiques et formelles du décret et de l'arrêté, le même régime juridique s'applique.

L'extension continue du pouvoir réglementaire impose de plus en plus une différenciation des organes et des compétences. Pas plus que la loi ne pouvait être la seule source de droit au XIX^e, le décret ne peut être le seul instrument de réglementation à l'heure actuelle.

Le renvoi des modalités d'application à une autorité inférieure pose dans le domaine de l'article 21 le problème particulier de la subdélégation. Mais le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37 ne se heurte à aucun obstacle de cet ordre. Dans le domaine qui lui appartient, il détermine les compétences en toute liberté et le renvoi à un arrêté d'application devient une pratique courante que les nécessités de fait rendent inéluctables.

En l'état actuel du droit, la seule différence sensible entre le décret d'exécution d'une loi et l'arrêté d'application d'un décret est que le ministre ne bénéficie pas d'un titre général de compétence et a besoin d'une invitation expresse. Encore la présence de cette invitation est-elle de plus en plus fréquente et est-elle admise de plus en plus libéralement ! Pour le reste, l'étendue des pouvoirs généraux se détermine de façon similaire et la faculté pour le Premier Ministre de conférer des pouvoirs particuliers à d'autres autorités n'a d'autres limites que sa propre compétence (59). La jurisprudence consacre d'ailleurs de plus en plus cette assimilation sur tous les points (CE 10 mars 1961. Union départementale des associations familiales de Haute - Savoie. DS 1962.203. Note Jeanneau. Incidence de la mesure d'application sur l'entrée en vigueur de l'acte initial).

Il semble donc qu'il existe une notion pure d'exécution qui est susceptible de s'appliquer à tous les rapports entre des règles hiérarchiquement superposées. Au prix de modifications plus importantes, elle peut également inspirer les solutions qui régissent les rapports entre une autorité délibérante et une autorité exécutive.

(59) C.E., 11 mai 1962, F.N.O.S.S. et sieur BAZIN, A.J.D.A. 1963-175.

C.E., 22 février 1963, Demoiselle CLOUET, L. 110.

C.E., 22 mars 1963, Syndicats des ingénieurs des travaux publics, A.J.D.A. 1963-564.

Bien entendu, un décret ne saurait autoriser un arrêté à violer certaines règles qui s'imposent également aux deux actes, comme la non-rétroactivité des actes administratifs.

2°) *Le respect de la constitution par le pouvoir d'exécution des lois.*

Toutes les analyses précédentes montrent que la théorie de l'exécution des lois repose sur la collaboration organisée et hiérarchisée de la loi et du règlement : aucun de ces deux actes ne dispose d'un domaine propre mais le premier a une puissance d'impulsion alors que le second ne jouit que d'une autorité dérivée. La subordination et l'interpénétration sont deux aspects du même phénomène qui s'opposent radicalement à la séparation et à l'égalité instaurées par la constitution de 1958 entre la loi et le règlement autonome.

Théoriquement la conciliation de ces pouvoirs dont les principes diffèrent se réalise par le cantonnement de chacun d'eux dans son domaine constitutionnel. L'expérience montre qu'il est difficile de respecter une délimitation rigide et *a priori*. La séparation des pouvoirs a fait place à l'unité du pouvoir politique. Dans la conception actuelle où les règles de droit sont des moyens au service d'une politique, la répartition des compétences doit être souple, fondée sur des considérations techniques et subordonnées à une seule inspiration et direction politique.

Les inconvénients de la distinction des matières sont encore accrus par la méthode utilisée par la constitution : la loi, c'est-à-dire la règle supérieure, dispose d'un domaine limité par voie d'énumération alors que le règlement, règle inférieure, bénéficie d'une clause générale de compétence. En fait la puissance d'impulsion dont dispose la loi du fait des matières qui lui sont réservées, débordent inévitablement hors de son domaine. La définition de la politique figure presque toujours dans le texte législatif et les textes réglementaires sont politiquement des mesures d'application de cette politique. Il est dès lors presque inévitable d'en faire juridiquement des mesures d'application de la loi même si au regard de la constitution ils entrent dans le domaine du pouvoir réglementaire autonome.

L'exemple des deux lois d'orientation agricole montre l'importance de ce glissement. La distinction constitutionnelle est statique, le dynamisme d'une réforme politique ou économique en brise les cadres en exigeant une intervention accrue de la loi et par conséquent une subordination accrue du pouvoir réglementaire qui ne peut s'exercer qu'en s'appuyant sur la loi.

La pratique constitutionnelle s'éloigne donc souvent du texte. Il s'agit moins d'une violation caractérisée que d'un divorce pour incompatibilité de caractère. La tâche du juge n'en est pas facilitée. Le conseil constitutionnel réparti, article par article, alinéa par alinéa, chaque matière entre la loi et le règlement autonome, il brise ainsi le régime juridique d'un sujet donné et il voit son unité se reconstituer par subordination du règlement complémentaire à la loi (cf. l'exemple du statut de l'O.R.T.F. précité).

Seule la rareté de son intervention empêche de mesurer à quel point sa jurisprudence est irréaliste et impraticable.

Le juge administratif se refuse à entrer dans ces considérations. Il maintient sa jurisprudence traditionnelle et ne contrôle pas la constitutionnalité de la loi. Elle peut ainsi se subordonner, de façon plus ou moins précaire, une partie importante de l'activité réglementaire et inversement conférer à l'Exécutif des pouvoirs très étendus (la coexistence sur une même matière d'une loi et d'un décret d'adaptation est radicalement contraire à l'esprit de la constitution). L'attitude du juge aboutit à réserver une soupape de sûreté qui compense la trop grande rigidité de la constitution. Les solutions traditionnelles qui font du juge le serviteur de la loi et de cette dernière le régulateur des compétences du gouvernement survivent donc dans un régime qui leur est opposé.

Il ne s'agit pas seulement d'un phénomène d'inertie mais d'une nécessité politique et technique. Dans un régime équilibré, surtout à l'époque contemporaine, la différenciation des pouvoirs est inséparable de leur hiérarchisation. La place conservée par le pouvoir d'exécution des lois confirme la justesse de cette affirmation. Il est donc possible que le pouvoir d'exécution des lois survive au régime parlementaire auquel l'unissait une si longue symbiose, car il répond toujours à des nécessités permanentes.

CHAPITRE III

LE POUVOIR REGLEMENTAIRE AUTONOME

La création d'un pouvoir réglementaire autonome est l'une des innovations les plus importantes et les plus controversées de la constitution du 4 octobre 1958. L'article 37 de cette dernière confère au Premier Ministre le droit de prendre des règlements dans un domaine défini sans médiation de la loi.

L'autonomie consiste précisément en ce que l'habilitation à édicter des règles de droit découle directement et exclusivement de la constitution et que cette compétence s'exerce librement dans son domaine propre. Mais elle peut être interprétée dans deux sens différents.

Le règlement n'a plus à se fonder sur une loi déterminée pour être valable. Mais il intervient pour remplir une fonction constitutionnelle qui se résume dans la formule de l'exécution des lois. En ce sens, le pouvoir réglementaire autonome existe en France depuis le début du XX^e siècle : fondé sur la constitution, mais déterminé dans ses buts, il correspond à l'institutionnalisation de l'Exécutif.

La revendication d'autonomie peut aussi être plus ambitieuse et s'étendre aux buts assignés à ce pouvoir. Le principe de légalité n'entraîne alors qu'une limitation externe du pouvoir discrétionnaire mais la constitution n'assigne pas à l'administration une fonction juridiquement déterminée (sous réserve bien entendu de certains principes généraux). L'autonomie du pouvoir réglementaire s'apparente alors à la liberté du pouvoir législatif. Elle crée une source du droit initiale et inconditionnée.

Cette seconde conception a été adoptée avec des nuances par la constitution de 1958. Elle bouleverse radicalement la tradition constitutionnelle bien qu'elle se soit développée à partir d'elle. Elle constitue un effort de rénovation des institutions et de renforcement du gouvernement très original, mais qui va dans le

sens de l'évolution générale comme peut le montrer l'étude de sa formation historique.

L'analyse de son domaine et de son étendue montrent ensuite que si le pouvoir réglementaire autonome est considérablement plus large que par le passé, il ne présente pas une différence de nature avec les autres formes de pouvoir réglementaire. Cette impression est renforcée par l'examen de cette catégorie particulière de règlements qui assurent la mise en œuvre des principes fondamentaux.

Section I. — La formation historique du pouvoir réglementaire autonome.

« De cette institution, il est vrai de dire plus que de toute autre qu'elle est le produit des faits, une création essentiellement coutumière et spontanée, formée sous la pression des nécessités pratiques ». Cette remarque de Duguit (1) vise l'ensemble du pouvoir réglementaire du chef de l'État mais elle s'applique particulièrement au cas du pouvoir réglementaire autonome. À la différence du pouvoir d'exécution des lois, ce dernier n'a eu aucun fondement juridique avant la constitution de 1958. Sa consécration, relativement tardive, par la jurisprudence est apparue comme un correctif à la trop grande rigueur des textes constitutionnels et une justification *a posteriori* de la pratique gouvernementale. Son existence s'est donc développée en marge des principes qui l'ignoraient. La constitution de 1958 est l'étape nécessaire pour assurer définitivement l'autonomie du gouvernement en modifiant les principes traditionnels.

§ 1. — L'origine jurisprudentielle du pouvoir réglementaire autonome.

1°) La disparition des habilitations constitutionnelles.

Les constituants de 1789 avaient espéré faire de la loi la seule source du droit. Ils avaient exclu l'existence d'un pouvoir réglementaire, même subordonné ; *a fortiori* le roi ne pouvait-il faire de règlements autonomes. Il ne devait pas en éprouver le besoin car le pouvoir de police appartenait aux municipalités héritières des communes et seigneuries de l'Ancien Régime.

Le renforcement de l'autorité gouvernementale provoqué par les circonstances apparaît dans les textes constitutionnels après la Convention. L'article 141 de la constitution de l'an III porte que : « Le directoire pourvoit, d'après les lois, à la sécurité intérieure et extérieure de la République. Il peut faire des pro-

(1) DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel* § 45, p. 661.

clamations conformes aux lois et pour leur exécution ». La première phrase attribue donc compétence au directoire pour prendre des règlements autonomes en matière de police, à condition de respecter toutes les dispositions législatives qui peuvent pénétrer dans ce domaine.

L'article 47 de la constitution de l'an VIII attribue au gouvernement consulaire puis impérial des pouvoirs généraux de police dont il use largement. Il le charge également de l'organisation des forces armées et l'article 48 de l'organisation de la garde nationale sous forme de règlements d'administration publique (2). Bien entendu, Napoléon 1^{er} va très au-delà de ses pouvoirs constitutionnels.

Avec la Restauration se produit une réaction libérale : l'article 14 de la charte de 1814 est plus strict : « Le roi... fait les règlements et les ordonnances pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État ». Il laisse subsister les règlements de police mais, selon l'opinion générale, il ne leur est pas possible de déroger aux lois. Les ordonnances de juillet 1830 qui violent des droits et libertés consacrés par des lois provoquent une révolution et la chute de Charles X.

L'article 13 de la charte révisée de 1830 tire les conséquences de cette tentative. Il ne prévoit plus qu'un pouvoir réglementaire subordonné : « Le roi... fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ». Le roi n'est plus compétent pour faire des règlements autonomes de police.

Les aspirations libérales des assemblées ont contraint le gouvernement à renoncer à des prérogatives considérées comme exorbitantes après un demi-siècle de luttes. La méfiance envers l'Exécutif subsiste et aucune constitution ultérieure ne revient sur cette conquête libérale et démocratique. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les gouvernements des régimes qui se succèdent respectent cette interdiction. Napoléon III lui-même ne prend de mesures de police générale qu'au moment du coup d'état. Il s'agit d'une période temporaire de confusion des pouvoirs mais dès le rétablissement d'un ordre régulier et jusqu'à la fin de son règne l'empereur ne réglemente plus qu'en exécution des lois (la fameuse loi de sûreté générale du 27 février 1858 est votée par le corps législatif).

Le XIX^e siècle consacre donc la disparition des habilitations constitutionnelles en matière de règlements autonomes. Une seule exception à cette tendance : le *Senatus-consulte* du 3 mai

(2) Article 47 : Le gouvernement pourvoit à la sûreté intérieure et à la défense extérieure de l'État ; il distribue les forces de terre et de mer, et en règle la direction.

Article 48 : La garde nationale en activité est soumise aux règlements d'administration publique ; la garde nationale sédentaire n'est soumise qu'à la loi.

1854 confie à l'empereur un pouvoir réglementaire général en matière coloniale. Cette disposition à valeur constitutionnelle s'explique par l'expansion coloniale française ; elle subsiste jusqu'à la constitution de 1946 qui reprend d'ailleurs une solution analogue. Ne s'appliquant pas à la France métropolitaine, elle ne s'oppose pas vraiment à la tendance générale.

2°) *L'apparition coutumière de règlements autonomes.*

La question des pouvoirs de police monopolise l'attention de l'opinion et des constitutionnalistes pendant le XIX^e siècle. A la même époque se forme insensiblement la coutume selon laquelle le chef de l'Etat et les ministres ont compétence pour régler l'organisation des services publics.

Il n'est pas possible d'assigner une date précise à l'émergence de cette compétence : Louis XVI prend des règlements organiques sur l'invitation de l'assemblée législative (3). Cette invitation devient progressivement superflue au cours du XIX^e siècle mais l'habitude de viser des textes de lois subsiste longtemps : elle conserve une apparence de fondement légal chaque fois qu'il est possible. La création d'un service public au sens matériel du terme appartient toujours à la loi, on peut donc rattacher toutes les mesures d'organisation et de fonctionnement à cette loi initiale.

D'autre part, on hésite à reconnaître à ces mesures un caractère réglementaire car elles ne concernent pas directement la généralité des citoyens. Cette équivoque apparaît en particulier dans le cas des ministres. Selon Aucoc, ils s'arrogent le droit de faire des règlements pour le service des bureaux des ministères, puis pour les employés placés sous leurs ordres en dehors des bureaux proprement dits. Cet auteur cite les instructions du ministre des finances du 17 juin 1840 et du 10 juin 1859 pour les receveurs des finances qui font 2.000 articles environ. Mais il affirme simultanément que « les règlements faits par les ministres en dehors d'une délégation expresse n'auraient aucune autorité à l'égard des citoyens » (4). Le chef de l'Etat lui-même bénéficie de cette équivoque.

En troisième lieu, les règles du contrôle contentieux favorise le développement occulte de ce pouvoir. A cette époque un règlement ne peut être attaqué que par la voie de l'exception d'illégalité à l'occasion d'une mesure individuelle d'application. Dans la mesure où les intéressés sont le plus souvent des agents publics qui ne peuvent invoquer aucun droit à l'encontre de l'autorité hiérarchique de leur supérieur, l'immunité du règlement est presque totale.

(3) Loi du 16-17 avril 1791 dont l'article 4 charge le pouvoir exécutif de préciser la forme des engagements souscrits pour les soldats auxiliaires.

(4) Aucoc, *Conférences sur le droit administratif* (1869) p. 111 et sq.

Peu à peu se forme la coutume qu'il appartient naturellement au gouvernement de régler l'organisation et le fonctionnement des services publics. Les besoins pratiques la justifient amplement car l'administration ne saurait faire dépendre sa vie quotidienne de l'intervention du législateur.

Au début de la III^e République, la coutume est assez bien implantée pour être reconnue implicitement par la législation : par exemple la loi de finances du 29 décembre 1882 réserve à des R.A.P. le droit de régler l'organisation centrale des ministères. Les auteurs classiques commencent alors à chercher un fondement juridique à cette prérogative. Ils le trouvent soit dans l'exécution des lois (Carré de Malberg) soit dans une coutume constitutionnelle (Duguit).

La réapparition d'un pouvoir de police est plus délicate à obtenir. Au début de la III^e République, il ne fait pas de doute que ce pouvoir est refusé au gouvernement. La loi municipale de 1884 prévoit exclusivement les compétences concurrentes du préfet et du maire. Un des deux motifs d'intervention du préfet est la nécessité d'une réglementation qui dépasse les limites d'une seule commune en certaines matières.

Les raisons qui expliquent la substitution partielle du préfet au maire sont aussi valables pour justifier l'intervention d'une autorité nationale. La nécessité d'une réglementation générale apparaît dans les activités qui connaissent un progrès technique rapide.

Deux palliatifs viennent y répondre. D'une part, des lois expresses confient au gouvernement ou à un ministre des polices spéciales comme la police sanitaire (pour partie seulement : loi du 15.2.1902) ou la police des chemins de fer (loi du 15 juillet 1845).

D'autre part les pouvoirs du préfet peuvent être utilisés à des fins d'uniformisation : il suffit de faire prendre à chaque préfet un arrêté conforme à un projet modèle établi par les administrations centrales. Ce procédé est utilisé par le ministre de l'intérieur en 1895 pour réglementer la locomotion à bicyclette. Il est encore utilisé lorsqu'une police spéciale est confiée par la loi au préfet et qu'il n'est pas possible de se substituer à lui à cause du caractère exclusif de sa compétence. Parvenue à ce stade, la réglementation n'est plus que formellement d'origine préfectorale.

La réalité des choses ne sera guère changée si le gouvernement prend directement la décision. Le pas est franchi en 1899 et 1901 avec le premier code de la circulation automobile édicté par décret. Depuis lors, le chef de l'Etat, puis le chef du Gouvernement, exercent une compétence en matière de police générale qui se superpose à celle des autorités instituées par la loi et ils en usent couramment, sinon fréquemment.

3°) *La consécration jurisprudentielle des règlements autonomes.*

Au début du XX^e siècle, la pratique a développé toutes les possibilités qui s'offrent à elle dans les deux directions de l'organisation des services publics et de la police administrative générale. Il ne reste à la jurisprudence qu'à consacrer cet état de chose et à le concilier avec les principes constitutionnels.

Le Conseil d'Etat précise tous les aspects de la compétence du chef de l'Etat en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics dans deux arrêts successifs : (CE 19 février 1904. Chambre syndicale des constructeurs de matériel de chemin de fer et tramways - L. 191 - DP 1905.3.57. CE 4 mai 1906 Babin L. 365). Cette jurisprudence est éclairée par les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu. Les pouvoirs du chef de l'Etat dépassent le domaine de la vie interne du service pour en régir tous les aspects par opposition avec les pouvoirs réduits du chef de service qui seront définis plus tard, mais ils ne sauraient déborder sur le domaine naturel de la loi ainsi défini par Romieu dans l'affaire Babin : « D'une manière générale, on peut dire que relèvent par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives, directement ou indirectement, aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité, sans aucun lien contractuel (par exemple tout ce qui concerne le droit de commander et de contraindre, l'organisation de la force publique et les juridictions, la prise de possession de la propriété privée, le vote des impôts et des dépenses publiques qui y donnent lieu, etc.) ». La jurisprudence ultérieure précise dans quelle mesure certaines catégories de personnes sont soumises à ce pouvoir en tant qu'agent public, cocontractant de l'administration ou usager du service public. Il en résulte un domaine étendu mais un contenu normatif relativement limité du fait d'une conception libérale du pouvoir.

Il en va de même en matière de police. Le Conseil d'Etat reconnaît « qu'il appartient au chef de l'Etat en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire, étant bien entendu que les autorités susmentionnées (maire, préfet) conservent, chacune en ce qui les concernent, compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le chef de l'Etat, toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité » (CE 8 août 1919. Labonne L. 737).

En fait le Conseil d'Etat transpose à l'échelon national les solutions dégagées pour régir la concurrence de compétences établie par la loi de 1884 entre le maire et le préfet. Il exclut le pouvoir de prendre des décisions particulières ou des mesures

matérielles. En matière réglementaire, le chef de l'Etat ne dispose que des prérogatives légalement conférées aux autorités de police. La centralisation est donc accrue malgré la compétence concurrente que conservent les autorités locales mais les obligations qui pèsent sur les citoyens ne sont pas alourdies, du moins directement.

Le juge administratif reste par contre très peu explicite sur le fondement textuel des pouvoirs qu'il consacre. C'est la doctrine qui démontre qu'ils ne peuvent se rattacher qu'au pouvoir d'exécution des lois établi par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Cette conception extensive de l'exécution des lois qui englobe le maintien de l'ordre public et le fonctionnement des services publics s'impose en fait malgré les critiques d'éminents auteurs comme Carré de Malberg ou Duguit (5). Les règlements ainsi édictés sont autonomes par leur fondement mais subordonnés aux lois dont ils doivent respecter les prescriptions. Sur le plan des faits, Duguit montre à juste titre qu'ils sont le produit d'une coutume constitutionnelle mais il n'est pas possible de le reconnaître sur le plan juridique. Le caractère ambigu de ces deux pouvoirs est donc inévitable dans le système constitutionnel antérieur à 1958. Au surplus, leur étendue est précaire en raison du caractère illimité du domaine de la loi. Le renforcement de l'Exécutif se manifeste donc sous d'autres formes plus difficiles à intégrer dans la théorie classique.

§ 2. — *Les sources législatives du domaine réglementaire.*

Tout en maintenant intégralement le principe de la primauté de la loi, le parlement va s'efforcer d'étendre le rôle normatif du gouvernement sur les sujets techniques ou sur ceux qui réclament une intervention rapide. Par le moyen d'habilitations permanentes ou successives, un domaine coutumier va se former au profit du pouvoir réglementaire. La loi du 17 août 1948 marque le terme de cette évolution en créant des matières réglementaires « par nature ».

1°) *La délégation coutumière de matières au pouvoir réglementaire.*

Juridiquement, il n'existe de pouvoir réglementaire autonome que dans les deux hypothèses consacrées par la jurisprudence. L'utilisation systématique du droit d'injonction reconnu à la loi finit par doter le gouvernement d'un domaine d'intervention où son pouvoir de réglementation s'exerce pratiquement en toute liberté. Les règlements faits en exécution des lois manifestent une « activité créatrice » que Carré de Malberg décrit ainsi :

(5) Cf. *supra*. Chapitre I : Le pouvoir d'exécution des lois.

« Dans la sphère de l'Exécutif on retrouve en effet, à côté des mesures d'exécution qui ne sont que la mise en œuvre des prescriptions émises par une volonté supérieure et qui n'impliquent chez leur auteur aucun pouvoir de véritable initiative, une seconde sorte d'exécution, qui consiste cette fois à prendre des initiatives et des déterminations, à édicter des prescriptions nouvelles, à engager et à diriger des opérations administratives, à entretenir toute une politique gouvernementale » (6).

Malgré l'abîme qui les séparent sur le plan des principes, la filiation est évidente entre ces règlements faits en exécution des lois et les règlements autonomes de 1958. Les auteurs de la constitution de 1958 ont délimité les domaines respectifs de la loi et du règlement en tenant compte de l'expérience acquise précédemment. Bien souvent, les articles 34 et 37 sont la systématisation d'une pratique antérieure et doivent être interprétés en fonction de cette pratique.

L'habilitation reçue par le gouvernement est permanente lorsqu'il exerce sa compétence sous forme de décrets ordinaires. Si la loi qui la prévoit reste en vigueur assez longtemps, elle instaure une coutume qui subsiste souvent après 1958 : la loi de 1952 (article 31 *x* du livre 1^{er} du code du travail) délimite en matière de salaire minimum interprofessionnel garanti ce qui est principe fondamental du droit du travail (existence et indexation) et ce qui relève du pouvoir réglementaire (choix de l'indice, taux du salaire... etc). Pour préciser la notion de règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction, le Conseil Constitutionnel a repris et généralisé une tradition assez ancienne : la détermination du nombre, du ressort et du siège des tribunaux relève du seul pouvoir réglementaire comme auparavant en matière de conseils des prud'hommes (code du travail - livre IV, article 2) ou de tribunaux de commerce (code de commerce - article 615) (décision du 18 juillet 1961, Dalloz 1961 - 541 note Hamon).

L'habilitation systématique à régir certaines matières par des décrets-lois, bien qu'elle établisse une compétence en principe discontinue, a contribué à fixer des secteurs réservés en fait au pouvoir réglementaire. Depuis la guerre de 1914-1918, la plupart des interventions de l'Etat dans le domaine économique ont été faites en vertu de pouvoirs spéciaux, périodiquement renouvelés. C'est en effet dans ce domaine que l'inadaptation de la fonction législative était la plus évidente. Le dessaisissement du parlement semble irréversible en raison de la technicité croissante des problèmes d'organisation du marché de tel ou tel produit, de direction et de planification de l'économie nationale.

« ... L'intention des constituants (de 1958) a été de confier au pouvoir réglementaire l'élaboration des textes de « réglementa-

(6) CARRE DE MALBERG, *Théorie Générale...*, p. 498, note 9.

tion économique » dont le parlement, sous les III^e et IV^e Républiques, s'était déjà, par une méthode constante, déchargée sur le gouvernement » (Conclusions Eummann sous CE 28 octobre 1960. Sieur Martial de Laboulaye, A.J.D.A. 1961.20).

Les prescriptions constitutionnelles réservant à la loi l'édition des principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales doivent être interprétées conformément à cette méthode : les règles qui ont pour objet de fixer les conditions d'exercice d'une activité économique ont un caractère réglementaire. Ce sont en somme des règles de police économique, légales dans la mesure où elles ne dénaturent pas dans leurs effets un principe fondamental (7).

Sur bien des points, un domaine attribué au pouvoir réglementaire se dessine dès avant 1958. Mais il ne constitue qu'une synthèse de solutions particulières, extrêmement variables et précaires, car il dépend d'une habilitation législative et il n'est jamais à l'abri d'une intervention ultérieure de la loi. La constitution de 1958 reprend certaines de ces solutions en en accentuant la précision et la rigidité lorsque la preuve est faite que seule une réforme constitutionnelle peut apporter une délimitation satisfaisante des compétences.

2°) La délimitation d'un domaine réglementaire par nature.

L'idée que la loi et le règlement se distinguent par leur domaine naturel est aussi ancienne que la distinction elle-même. Elle remonte aux origines du régime constitutionnel et libéral mais pendant tout le XIX^e siècle, elle ne joue qu'un rôle secondaire. Le règlement a pour seul et invariable domaine l'exécution des lois selon la formule de Carré de Malberg, subsidiairement il lui est interdit de pénétrer dans des matières réservées à la loi par la constitution ou une tradition issue des déclarations de droits. Il s'agit donc surtout d'un domaine réservé à la loi qui limite la compétence du pouvoir réglementaire.

L'optique ne change que progressivement. Les circonstances acclimatent peu à peu l'idée que le pouvoir réglementaire peut s'exercer spontanément dans certaines limites. La tentative la plus systématique en ce sens est celle de la loi du 17 août 1948. Elle ne se borne pas à prévoir à nouveau une délégation temporaire de pouvoirs spéciaux mais elle vise à apporter une réponse d'ensemble aux exigences de l'activité gouvernementale. Les palliatifs antérieurs s'avèrent fragmentaires ou même dangereux. (Les décrets-lois appellent de nouveaux décrets-lois car ils res-

(7) De façon analogue la disposition constitutionnelle qui donne compétence à la loi en matière de « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », entend implicitement mais nécessairement laisser subsister le pouvoir de police générale tel qu'il est organisé par la jurisprudence.

treignent constamment le champ d'action du pouvoir réglementaire normal, aggravant ainsi le mal qu'ils ont pour fin de résoudre). La loi de 1948 reconnaît l'existence d'un domaine réglementaire par nature, elle en définit les limites, à l'intérieur desquelles les lois antérieures peuvent être modifiées ou abrogées par décret. Dans ce domaine fixé par voie d'énumération, le pouvoir réglementaire est « autonome » de façon permanente en ce sens qu'il n'intervient plus pour l'exécution d'une loi et se fonde sur la seule loi du 17 août 1948.

Le caractère révolutionnaire de cette loi est limité par l'impossibilité de violer ouvertement les principes constitutionnels qui régissent la question : il n'y a pas de parallélisme possible entre le domaine législatif par nature et le domaine réglementaire par nature. Le premier résulte de la constitution et de la tradition républicaine et le pouvoir réglementaire ne peut y pénétrer sans excès de pouvoir. Le second découle d'une disposition législative. Le législateur se dessaisit volontairement de certaines matières et il délégalise les textes qui les régissent. Mais il est toujours fondé en droit à y pénétrer ultérieurement et à reconstituer un domaine législatif par détermination de la loi, puisque seule une loi peut modifier ou abroger une autre loi. L'existence du domaine réglementaire dépend d'une auto-limitation du parlement car il n'est pas possible d'écarter le principe selon lequel le domaine éventuel de la loi est illimité. La loi de 1948 ne peut pas reconnaître un domaine réglementaire par nature mais seulement concéder à titre précaire certaines matières au pouvoir réglementaire. La primauté de la loi ne peut être écartée sans une réforme constitutionnelle (8).

La loi du 17 août 1948 ne pouvait pas ne pas décevoir. Car elle ne pouvait renverser une tradition constitutionnelle contraire. Son application pratique fut encore plus décevante. Non seulement le législateur ne respecta pas toujours la délimitation créée par lui mais encore le gouvernement n'osa guère user de ses prérogatives. Il prit peu de décrets fondés sur la loi de 1948 (80 en 18 mois) et moins encore de décrets modifiant des lois antérieures (10 seulement). M. Hamon remarque qu'il a déposé un projet de loi sur les dimensions des correspondances postales faute d'oser modifier une loi comme il en avait le droit. En définitive la loi de 1948 a manqué son but qui était de décharger le parlement de tâches secondaires et elle a suscité un contentieux considérable en raison des bouleversements qu'elle introduisait dans la hiérarchie des actes juridiques.

(8) *Bibliographie sur la loi du 17 août 1948 et l'ensemble du problème*
DONNEDIEU DE VABRES : *Décrets-lois et pouvoir réglementaire*, D. 1949, chr. 5.
DONNEDIEU DE VABRES : *L'article 13 et les décrets-lois*, D. 1953, chr. 137.
A. DE LAUBADERE : *Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois*, D. 1952, chr. 35.
MIGNON, *Une technique législative d'exception*, D. 1948, chr. 141.
PINTO, *La loi du 17 août 1948*, R.D.P. 1948-517.

La pression en faveur de l'autonomie du pouvoir réglementaire est de plus en plus forte mais toutes les tentatives se heurtent à une difficulté fondamentale : l'inflation des textes législatifs qu'il est impossible, en l'état du régime constitutionnel et politique, d'endiguer de façon permanente. Seule l'autodiscipline du législateur aurait permis de concilier les nécessités pratiques avec le principe qui limite le pouvoir réglementaire à l'exécution des lois. Mais le parlement use rarement de la technique de la loi-cadre et préfère recourir à des solutions provisoires qui aggravent le mal. D'autre part, il est impossible de créer un domaine réservé au pouvoir réglementaire.

Les deux solutions concevables pour limiter l'activité du parlement ne peuvent avoir que des effets réduits tant qu'un nouvel équilibre politique et constitutionnel n'est pas instauré. Les tentatives antérieures à 1958 apportent donc deux enseignements fructueux : d'une part, elles dégagent les voies et moyens d'une réforme d'ensemble, d'autre part elles montrent que sa réalisation suppose un changement de régime.

§ 3 — *Le fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire autonome.*

La crise du mois de mai 1958 et l'accession au pouvoir du général de Gaulle fournissent l'occasion d'une réforme constitutionnelle qui consacre la fin de la prépondérance parlementaire. Le renforcement de l'autorité gouvernementale s'inscrit dans les nouveaux textes : l'élargissement, devenu nécessaire, du pouvoir réglementaire autonome est rendu possible par la constitution elle-même qui s'inspire du principe de la séparation des pouvoirs (loi du 3 juin 1958). L'absence de rapport de subordination hiérarchique entre la loi et le règlement apparaît comme sa condition préalable. Elle se manifeste de deux façons : le règlement comme la loi va bénéficier d'un domaine réservé et un contrôle juridictionnel *a priori* et *a posteriori* va assurer le respect de la délimitation constitutionnelle. A cette innovation fondamentale s'ajoute une disposition qui doit faciliter la transition : le déclassement des lois antérieures à 1958 qui pénètrent dans le domaine réglementaire. La constitution écarte à la fois le poids du passé et toute menace pour l'avenir.

1°) *Le caractère réservé du domaine réglementaire.*

Les articles 34 et 37, complétés par quelques autres, établissent une distinction rigide entre les domaines de la loi et du règlement. Le premier énumère les matières législatives et le second énonce que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

Il est à remarquer que la clause générale de compétence est

éditée au profit du pouvoir réglementaire mais cette observation n'est pas essentielle car une telle solution aurait pu être adoptée avant 1958 (le domaine législatif par nature était défini par voie d'énumération et rien n'aurait empêché une loi de renvoyer l'ensemble des autres matières au pouvoir réglementaire).

La véritable nouveauté est que désormais la loi ne peut plus sortir du domaine qui lui est assigné. Seule la constitution pouvait limiter ainsi la compétence du législateur, car ce dernier ne saurait se lier lui-même pour l'avenir. L'obstacle essentiel est levé : la sphère de compétence du pouvoir réglementaire lui est exclusivement réservée.

Le maintien de cette règle est garanti par un contrôle juridictionnel important. La constitution crée un organe dont la prérogative la plus importante est d'assurer le respect par le parlement des dispositions qui restreignent ses pouvoirs. Le gouvernement dispose ainsi de diverses procédures pour maintenir l'intégrité de son domaine réservé :

Il peut opposer l'irrecevabilité à toute proposition de loi ou amendement d'origine parlementaire qui n'appartiennent pas au domaine de la loi. L'irrecevabilité, en cas de désaccord avec le président de l'assemblée intéressée, est appréciée par le Conseil Constitutionnel (article 41). La loi votée et non promulguée peut être déférée au même Conseil (article 61 alinéa 2). Cette procédure est même obligatoire en ce qui concerne les lois organiques (art. 61 alinéa 1^{er}). Enfin la loi promulguée peut être déférée au Conseil Constitutionnel pour voir déclarer son caractère réglementaire, elle peut alors être modifiée par décret (article 37, alinéa 2).

En dernière analyse, l'empiètement de la loi sur le domaine du règlement ne reste possible que si le gouvernement le veut bien : il a la faculté d'user des trois procédures précitées pour saisir le Conseil Constitutionnel, il n'en a pas l'obligation. Il est vrai qu'il n'est pas juridiquement lié par une loi contraire à la constitution puisqu'il peut, à tout instant, la faire délégaliser. Le résultat, de toute façon, est fort net : pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle française, le gouvernement est doté d'un domaine d'action qui lui est propre et qu'il peut opposer à la compétence du parlement.

2^a) La « délégalisation » des lois intervenues dans le domaine réglementaire avant 1958.

Les lois qui pénètrent dans le domaine réglementaire après l'entrée en vigueur de la constitution sont contraires à ses dispositions. Il n'en est pas de même des lois antérieures à 1958. Ces dernières sont fort nombreuses et la réforme constitutionnelle serait paralysée dans ses effets si le gouvernement était tenu de respecter la législation en vigueur. D'autre part la

continuité de la vie juridique exclut l'abrogation pure et simple de ces lois. L'article 37 alinéa 2 résout cette difficulté de façon élégante : « Les textes de forme législative intervenus en cette tance de la compétence législative. Les diverses dispositions constitutionnelles distinguent trois séries de matières.

Les textes de forme législative, c'est-à-dire, selon une jurisprudence qui s'insère dans une longue tradition, tous les actes juridiques qui ont acquis force de loi depuis les arrêts du Conseil du roi jusqu'aux ordonnances de l'article 92 de la constitution, restent en vigueur dans toutes leurs dispositions. Il n'y a aucune mesure générale d'abrogation. Toutes les autorités administratives doivent respecter les lois tant qu'elles n'ont pas été modifiées par un décret pris dans la forme prévue par l'article 37. Mais ces lois sont mortes en tant que lois, peut-on dire. Du point de vue du gouvernement, elles ont la valeur juridique de décrets en Conseil d'Etat. La constitution a réalisé une sorte de déclassement conditionnel. Elle exclut tout système d'abrogation implicite, elle exige même une formalité assez solennelle. Le décret pris après avis du Conseil d'Etat est l'acte-condition qui substitue un régime juridique de règlement à un régime juridique de loi (9). Le juge veille strictement au respect de cette prescription constitutionnelle. (CE 30 janvier 1963. Caubert de Cléry et Ferre. A.J.D.A. 1963.309. Annulation d'un décret simple qui méconnaît les dispositions d'une loi de 1953).

Il semble que la possibilité de modifier les lois s'étende, par identité de motifs, aux mesures d'application et notamment aux règlements d'administration publique, malgré la nouvelle atteinte à la hiérarchie des actes juridiques que représente cette solution (CE 16 janvier 1963. Confédération nationale des syndicats dentaires et sieur Rami L. 27). Le but de l'article 37, alinéa 2 est en effet de libérer le pouvoir réglementaire du poids du passé, tout en ménageant les transitions.

Section II. — Le domaine du pouvoir réglementaire autonome

Il existe une délimitation constitutionnelle du domaine du pouvoir réglementaire. Mais étant donné qu'elle n'établit pas toujours une distinction de matières, l'intervention législative a des effets importants sur l'exercice du pouvoir réglementaire.

§ 1. — La délimitation constitutionnelle.

Le domaine réglementaire se définit par voie de clause générale : en vertu de l'article 37 alinéa 1^{er}, « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère régle-

(9) Sur tous ces points : cf. *Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958*, N.E.D. n° 2908, pp. 39-44.

mentaire ». Ce procédé est extrêmement favorable à l'administration puisqu'il lui attribue une compétence de droit commun, sous réserve des prescriptions constitutionnelles réservant à la loi certaines matières. La France l'utilise pour la première fois et elle est la seule des grandes démocraties occidentales à le faire. Le degré d'autonomie du gouvernement dépend de l'importance de la compétence législative. Les diverses dispositions constitutionnelles distinguent trois séries de matières.

— Un domaine exclusivement réservé à la loi (et au règlement d'application). Ce domaine est étendu et comprend les matières les plus importantes à tous égards. Les règles en sont fixées par la loi ordinaire (article 34, 1° et 2° paragraphes, art. 3 al. 4, art. 66, art. 72 al. 2, articles 35, 36, 47 al. 1°, 53 al. 1° et 2, 72 al. 1°, 73, 74) ou par la loi organique (articles 6, 13 al. dernier, 23 al. 2, 25, 27 al. 3, 34 al. 4, 47 al. 1°, 57, 63, 64 al. 3, 65 al. 2, 67 dernier alinéa, 71).

— Un domaine mixte où la loi détermine les principes fondamentaux et où le règlement autonome assure leur mise en œuvre (article 34 paragraphe 3).

— Un domaine exclusivement réglementaire qui recouvre toutes les autres matières par application de l'article 37 alinéa 1°.

Il n'est pas question de présenter une analyse détaillée de la distinction des domaines respectifs pour plusieurs raisons. D'une part la distinction se fait par rapport à la loi, ce qui nous conduirait à étudier le domaine de la loi et non celui du règlement (10). D'autre part, la distinction demeure imprécise sur bien des points faute de précédents. Il suffit donc de formuler quelques observations sur cette technique constitutionnelle en attendant les développements ultérieurs de la pratique.

A - LES MATIÈRES EXCLUSIVEMENT RÉGLEMENTAIRES

Dans la théorie actuelle du pouvoir normatif, elles constituent le droit commun. Il s'agit donc d'une catégorie résiduelle qui recouvre les hypothèses les plus variées et ne présente aucune unité intrinsèque. Le caractère exorbitant de cette solution résulte de ce que, contrairement à la tradition démocratique, elle retire à la loi, expression de la volonté générale, adoptée par le peuple ou ses représentants, son caractère universel. Mais il est limité par l'étendue du domaine de la loi.

De façon générale, presque toutes les prescriptions qui étaient autrefois considérées comme réservées à la loi, le sont encore sous l'empire de la Constitution de 1958. L'exception majeure

(10) Cf. l'étude remarquablement approfondie de M. G. Roux dans N.E.D., n° 2959, « les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958 » et la thèse de M. BRACHET sur la loi et le règlement, Bordeaux 1965.

concerne les contraventions que par dérogation à l'article 8 de la déclaration des droits de 1789, l'article 34 exclut implicitement du domaine de la loi (11).

Cette règle qui réserve au pouvoir réglementaire le droit de définir et réprimer les infractions contraventionnelles a été vivement critiquée. Elle est critiquable non seulement par l'atteinte à la liberté individuelle qu'elle consacre au mépris d'une tradition, fortement enracinée, mais encore par la complication qu'elle introduit dans la répartition des compétences : elle dissocie l'incrimination de la détermination de la peine car les éléments constitutifs d'une infraction sont définis par l'autorité compétente en vertu d'autres dispositions de la Constitution. Lorsque l'incrimination est effectuée par la loi, la sanction pénale résulte en fait d'un règlement d'application de la loi (ainsi l'ordonnance du 6 janvier 1959 renvoie au pouvoir réglementaire le soin de définir les peines applicables aux contrevenants à l'obligation scolaire). L'hypothèse inverse est aussi possible : Le code de la route comporte des « lois d'application des décrets » car certaines infractions sont assorties de peines délictuelles.

Mais à part cette hypothèse où se réalise parfois un partage de compétence, la liste des matières exclusivement réglementaires ne semble pas très étendue ni surtout très importante. Elle comprend surtout les règles d'organisation et de fonctionnement des services publics de l'Etat et des personnes publiques. Autrement dit, elle retrouve un champ d'application traditionnel du pouvoir réglementaire, avec cette différence que l'intervention de la loi est actuellement exclue. Mais le pouvoir réglementaire autonome se trouve très souvent en contact avec les principes fondamentaux édictés par la loi sur la même matière.

B - LES MATIÈRES MIXTES : LES RÈGLES NÉCESSAIRES A LA MISE EN ŒUVRE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX (12)

1°) La solution constitutionnelle

« ... les dispositions de l'article 34-4° alinéa de la Constitution réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux concernant les matières énumérées par ce texte ; il résulte des termes mêmes de ces dispositions et du rapprochement qui doit en être fait avec ceux des alinéas 2 et 3 du même article que la Constitution n'a pas inclus dans le domaine de la loi la fixation des règles nécessaires à la mise en œuvre de ces principes fondamentaux dans les matières dont il s'agit ; en vertu des dispositions de l'article 37, il appartient à la seule autorité investie

(11) C.E., 12 février 1960, Société Eky, L. 101, S. 1960. 131 conclusions Kahn. D. 1960.263, note L'Huillier, J.C.P. 1960.II.11 629 bis, note Vedel.

(12) Cf. *supra*, chapitre II, L'exécution des lois, section II § 3.

du pouvoir réglementaire d'édicter ces règles dans le respect des dits principes fondamentaux ».

Cette interprétation de la Constitution faite par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 27 novembre 1959 n'a jamais été remise en cause (Dalloz, 1960-533, note Hamon). Elle a été adoptée par le Conseil d'Etat (CE 13 juillet 1962. Conseil National de l'Ordre des Médecins. RDP 1962-739, conclusions Braibant). Elle a provoqué la plus grande partie du contentieux relatif à la distinction de la loi et du règlement car, comme le soulignait déjà M. Hamon dans sa note précitée, toute distinction entre principe fondamental et règle de mise en œuvre est nécessairement arbitraire.

Cette disposition constitutionnelle est directement inspirée de la technique de la loi-cadre appliquée à plusieurs reprises avant 1958. Cette technique conciliait assez bien l'extension des pouvoirs du Gouvernement et le maintien de leur caractère exécutif et subordonné à la loi. La distinction entre loi et règlement ne se fait plus en fonction de la matière traitée (comme dans le cas précédent) mais selon l'importance des dispositions prises. Les matières sont mixtes, relevant de la loi pour les principes fondamentaux et du règlement pour le reste. Mais, contrairement à la pratique antérieure, le règlement ne procède plus de la loi, il revêt un caractère autonome. La rupture avec le pouvoir d'exécution des lois élargi est nette.

La loi-cadre traditionnelle étendait les prérogatives du Gouvernement à l'égard des destinataires de la réglementation, mais ne diminuait pas sa subordination hiérarchique envers elle. Seul le premier de ces deux aspects a été retenu en 1958. Désormais, le législateur ne peut contrôler l'usage fait par le Gouvernement de son pouvoir réglementaire sans sortir de son domaine propre. Il ne peut réformer des dispositions réglementaires légalement prises du seul fait qu'il juge inopportune la façon dont elles mettent en œuvre les principes fondamentaux, car il pénétrerait dans le domaine réservé au règlement. Ce dernier est tenu de respecter ces principes mais cette obligation n'est sanctionnée que par un contrôle juridictionnel.

2°) Le critère du principe fondamental

La rigueur de cette solution contraste avec l'imprécision, de la délimitation qu'elle suppose. Il n'y a pas, en effet, de critère général qui permette de déterminer la notion de principe fondamental. Le seul critère valable serait de considérer comme fondamental ce que le législateur a voulu être tel ; il ne peut être retenu car il déjouerait la volonté des Constituants de cantonner la loi dans un domaine restreint. L'article 34 n'aurait plus de sens si le législateur était libre d'étendre à son gré sa compétence en édictant de nouveaux principes fondamentaux.

La détermination du domaine de la loi ne dépend pas du Parlement mais d'une série d'autorités différentes. Les autorités parlementaires et gouvernementales n'ont pas de pouvoir de décision au fond, mais comme le contentieux porte nécessairement sur des textes proposés ou adoptés par elles et qu'elles jouent un rôle prépondérant dans les procédures de saisine, elles influencent les décisions prises par les organes juridictionnels. Ces derniers ont une compétence assez mal coordonnée et il existe des risques de contradictions de décisions entre Conseil d'Etat et Conseil Constitutionnel (et même Cour de Cassation). Malgré cette regrettable dispersion, le Conseil Constitutionnel est l'élément central de la construction constitutionnelle.

C'est dans sa jurisprudence que se forge vraiment la distinction des domaines. L'impossibilité de dégager un critère général a conduit le Conseil à recourir à « la méthode empirique du catalogue » (Commissaire du Gouvernement Braibant - CE 13 juillet 1962. RDP 1962-739). Une solution sur un point donné ne peut donc être tenue pour sûre que s'il existe un précédent jurisprudentiel.

A défaut de critère précis, le Conseil a néanmoins formulé quelques directives. Le commissaire du Gouvernement Fournier a montré le premier que le Conseil avait le choix entre deux orientations : entendre « fondamental » dans le sens d'intrinsèquement important ou dans le sens d'historiquement constant. Dans le second cas, le principe fondamental est la « règle générale, synthétique, qui se dégage à un moment donné de l'ensemble des textes concernant une matière » (13).

L'orientation prise a été diversement appréciée par les auteurs qui l'ont décelée. M. Fournier pensait que le Conseil Constitutionnel avait retenu la seconde acception, qui est la plus restrictive des droits du législateur. M. Groux (14) estime que la première formule est adoptée à titre subsidiaire (il cite en ce sens la jurisprudence relative à la Sécurité Sociale). M. Cohen (15) semble mettre sur le même pied les deux critères d'importance et de permanence de la mesure.

Il nous semble qu'ils correspondent à deux situations différentes. Le critère d'importance est utilisé pour déterminer le domaine d'une loi proposée ou adoptée depuis 1958. Toute une jurisprudence confie à la loi le soin de fonder l'existence même d'une institution (catégorie de prestations sociales aussi bien que représentation des collectivités locales au conseil d'administration de la R.A.T.P.) alors que son régime juridique est fixé par

(13) Conclusions Fournier, C.E., 18 mai 1960, *Karle* L. 323.

(14) NED n° 2959 précité, pp. 11-13.

(15) COHEN, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution*, R.D.P. 1963, 745.

voie réglementaire (taux de la prestation, nombre d'élus locaux au conseil de la R.A.T.P.) (16).

Le critère de permanence sert pour sa part à préciser les atteintes que peut porter le pouvoir réglementaire à une législation antérieure à 1958. Cela s'explique aisément. La notion de principe fondamental n'existait pas dans le droit positif précédant la Constitution actuelle. Les principes sont donc rarement formulés dans une disposition explicite, ils doivent le plus souvent être dégagés des prescriptions de détail (17). Leur caractère synthétique et non écrit est inévitable : considérer qu'en l'absence de texte, il n'existe pas de principe sur une matière serait contraire à la réalité et aboutirait à conférer une liberté complète au pouvoir réglementaire. En définitive, une telle solution abandonnerait au Gouvernement le droit de définir les principes fondamentaux de la matière en cause : la violation de la Constitution serait flagrante. Il faut donc apprécier ce qui avait paru fondamental au législateur passé et en imposer le respect au pouvoir réglementaire. La permanence d'une prescription constitue alors un indice de son caractère fondamental.

Si une réforme législative intervient, elle devra se borner à l'édiction des principes fondamentaux. Mais comme il n'existe pas d'obligation de légiférer, le pouvoir réglementaire ne saurait subordonner son intervention à la définition explicite de ces principes. Le critère de permanence joue donc un rôle avant tout transitoire et son importance doit décliner avec le développement d'une législation conforme à la Constitution.

Le Conseil d'Etat semble confirmer ce point de vue dans son arrêt précité du 13 juillet 1962. Conseil National de l'Ordre des Médecins : il fonde une annulation sur le fait qu'un « décret ne pouvait légalement porter abrogation des dispositions législatives incluses dans les articles du code de la Sécurité Sociale dans la mesure où y étaient définis les principes » fondamentaux de cette matière. Il faut souligner que, par ailleurs, le décret reprenait et respectait les principes qu'il avait abrogés. M. Braibant, dans ses conclusions, montre que le procédé est juridiquement incorrect : « En effet, selon la Constitution, les principes fondamentaux sont fixés par la loi ; ils ne peuvent figurer dans un simple décret. Les principes généraux du droit, qui résultent d'un

(16) C.C., 7 avril 1960 (principes fondamentaux de la Sécurité Sociale, R.D.P. 1961.1011, note Waline). C.C., 27 nov. 1959 (relatif à la R.A.T.P.), R.D.P. 1960.1011, note Waline.

(17) C.C., 27 novembre 1959 (Dalloz 1960.533, note Hamon, Décret relatif au prix des baux à ferme).

C.E., 28 octobre 1960, Martial de LABOULAYE (A.J.D.A. 1961, 23 conclusions Heumann, Décret organisant le marché du vin).

C.E., 10 janvier 1964, Chambre syndicale des compagnies d'agents de change de Lyon et de Marseille, D. 1965.539, note Lambert.

C.E., 18 février 1966, Caisse locale de Crédit agricole mutuel de Cormoz, R.D.P., 1966.614.

certain état de civilisation, et qui sont dégagés par la jurisprudence, constituent une source du droit parallèle aux règles inscrites dans la Constitution et dans la loi. Les principes fondamentaux prévus par l'article 34 ne sauraient avoir le même caractère immatériel et abstrait ; ils doivent être incorporés dans la législation, inscrits dans une loi ; ils disparaissent avec le texte qui les formule ».

Ce n'est donc qu'à défaut de texte formel que les principes doivent être dégagés de l'esprit de la législation. La formule selon laquelle « les principes qui sont en cause... doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers » (CC 27 novembre 1959 précité) a pour but essentiel de faciliter l'insertion des nouveaux règlements autonomes dans le tissu du droit antérieur. Elle revêt un aspect que l'on peut qualifier de conservateur : le pouvoir réglementaire reçoit compétence pour gérer l'ordre existant. Le pouvoir législatif doit intervenir pour apporter une modification importante. Cette jurisprudence préserve l'efficacité du pouvoir réglementaire et les garanties des administrés. Elle doit s'effacer progressivement avec la mise en place d'une nouvelle législation. L'importance intrinsèque de la mesure doit devenir le facteur principal pris en considération.

3°) *Le degré de précision du principe fondamental*

Une interprétation stricte de la Constitution permet de soutenir qu'un principe fondamental doit couvrir l'ensemble d'une matière. Dans ce cas, l'étendue même de la matière imposerait une norme tellement générale qu'elle serait privée de toute signification et que l'intervention du législateur deviendrait exceptionnelle. (Peut-on formuler des principes de neutralité, de laïcité applicables à tous les ordres de l'enseignement public ? Peut-on concevoir un régime de la propriété commun à tous les biens ?).

Une conception plus favorable aux droits du législateur a été préférée. Le caractère fondamental d'un principe s'apprécie par rapport aux diverses catégories et aux divers régimes spéciaux qui peuvent exister dans une matière délimitée par la Constitution. En ce qui concerne la Sécurité Sociale, le Conseil Constitutionnel distingue les régimes spéciaux (des agriculteurs, des fonctionnaires...) et les types de prestations qui se fondent tous sur des principes à caractère législatif. L'intervention du législateur est donc beaucoup plus fréquente, surtout lorsqu'il s'agit d'une adjonction ou d'une modification importante du droit positif. Seule la loi peut poser le principe d'une nouvelle prestation, en définir les bénéficiaires et les assujettis (18). Toute

(18) C.C., 8 juillet 1960, L. 54, J.O. 2 août 1960. C.C., 7 avril 1960, L. 31 J. O. 29 avril 1960.

réforme importante est donc d'origine législative. Mais l'extension du rôle de la loi a pour contrepartie l'imprécision de la délimitation qui ne repose que sur un catalogue assez arbitraire.

C - LES MATIÈRES MIXTES : LE PROBLÈME DES GARANTIES FONDAMENTALES

Selon l'article 34, « la loi fixe les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques... La loi fixe également les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ». Malgré le libellé et la place de ces dispositions dans l'article 34, il semble qu'elles se rapprochent davantage de la catégorie des principes fondamentaux que de celle des règles.

La mise en œuvre de ces règles relève en effet du pouvoir réglementaire autonome avec la compétence et l'absence de contrôle que comporte ce régime. La pratique est dans ce sens. Notamment la jurisprudence qui permet au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre un principe fondamental en tenant compte des limitations qui lui ont été apportées dans la législation antérieure, s'applique à la matière des garanties fondamentales. Son terrain d'élection est même la liberté du commerce et de l'industrie que le Conseil d'Etat considère comme une liberté publique consacrée par la loi (CE 28 octobre 1960, précité).

Toutefois, le statut de la Fonction Publique se rapproche souvent des matières où la loi fixe les règles. Les statuts particuliers constituent à peu de chose près des règlements d'application de l'ordonnance. Mais le Conseil Constitutionnel maintient la distinction entre la loi de principe et le règlement autonome qui peut seule fonder de nombreuses solutions pratiques. Il y a un flottement entre la méthode retenue par le Gouvernement qui découle de considérations de fait et la doctrine exprimée par le Conseil qui s'attache davantage aux normes constitutionnelles (19). Aucune difficulté n'existe par contre en matière de libertés publiques.

On peut donc estimer que garanties et principes fondamentaux constituent une même catégorie juridique. Dans les deux cas, le pouvoir réglementaire autonome est chargé de mettre en œuvre les dispositions législatives. La liste des matières mixtes en est allongée d'autant et le degré d'intervention de la loi conditionne l'autonomie du Gouvernement.

C.C., 22 décembre 1961, J.O. 7 février 1962.
C.C., 20 décembre 1960, J.O. 31 décembre 1960.
(19) Cf. *supra*, chapitre II : l'exécution des lois.

§ 2. — La nature des relations entre la loi et le règlement

Bien que la Constitution opère une distinction rigide des domaines respectifs de la loi et du règlement, elle ne supprime pas tout contact entre la loi et le règlement. Elle aboutit plutôt à instaurer entre eux un nouveau type de relations.

Bien souvent, en effet, elle n'établit pas une distinction par matière au sens strict du terme mais une distinction à l'intérieur d'une matière selon la nature et l'importance des dispositions. Il en va ainsi dans l'hypothèse déjà vue des principes fondamentaux et des règles de mise en œuvre.

De façon plus curieuse les termes de l'article 34 imposent la même solution dans plusieurs cas où la loi fixe des règles. Le champ d'application de ces règles ne couvre pas une matière déterminée. Il s'agit plutôt de normes qui doivent être respectées par le pouvoir réglementaire autonome lorsque la matière où il s'exerce interfère avec elles.

A - L'INTERVENTION DE LA LOI POUR POSER LES RÈGLES DE CERTAINES OPÉRATIONS

« La loi fixe les règles concernant... la création de nouveaux ordres de juridiction... la création de catégories d'établissements publics... les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ».

L'interprétation de ces dispositions tirées de l'article 34 a soulevé certaines difficultés car il s'agit de règles législatives et pourtant la composition, la compétence et le fonctionnement des tribunaux, le statut des établissements publics et des entreprises nationales sont fixés par des règlements autonomes et non subordonnés.

Groux estime qu'il « n'est pas possible de tirer de cette décision (la décision du Conseil Constitutionnel du 27 novembre 1959 sur la R.A.T.P.) des conclusions d'ordre général » (20). M. Cohen conclut à la disparition de toute distinction entre règles et principes fondamentaux dont la mise en œuvre relève uniformément d'un pouvoir réglementaire subordonné (21).

En fait ces trois alinéas ne visent pas des matières à proprement parler. Les termes mêmes de création, de nationalisation et de transferts indiquent que le législateur intervient pour effectuer certaines opérations juridiques et non pour fixer le droit applicable à une catégorie statique de situations.

Les règles concernant les nationalisations d'entreprises ou leur transfert au secteur privé sont faciles à interpréter. Elles

(20) NED, n° 2959, p. 53.

(21) COHEN, *op. cit.*, F.D.P. 1963, 745. Dans le même sens : VINCENT, « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », A.J.D.A., 1965.564.

concernent théoriquement les opérations de transfert de propriété et non le statut des entreprises en cause qui relève toujours du pouvoir réglementaire autonome. Elles résolvent les problèmes propres à ces opérations comme par exemple l'indemnisation des anciens propriétaires.

Mais elles sont conduites, presque inévitablement, à s'étendre au-delà. La loi nationalisant une industrie doit indiquer quel établissement en assurera l'exploitation. Elle déborde donc sur son statut (nature juridique, droits et obligations...) et conditionne indirectement l'exercice du pouvoir réglementaire autonome.

Les autres dispositions relatives à la création de nouveaux ordres de juridiction ou de catégories d'établissements publics doivent être analysées de la même façon.

La loi ne fixe pas les règles concernant les ordres de juridiction mais celles qui prévoient la création de nouveaux ordres : le Conseil d'Etat peut être réformé par les décrets du 30 juillet 1963 mais la cour de sûreté de l'Etat est créée par deux lois du 15 janvier 1963 et le gouvernement ne peut créer une section des assurances sociales au sein du conseil régional de discipline de l'ordre des médecins car il empiète sur la compétence du législateur (CE 13 juillet 1962 précité). De même le pouvoir réglementaire peut fixer le statut d'une catégorie d'établissements publics mais seule la loi peut créer une nouvelle catégorie.

Cette distinction est très arbitraire : en créant un nouvel ordre ou une nouvelle catégorie, le législateur doit en déterminer les caractéristiques essentielles : la définition de l'objet créé est indispensable et elle déborde inévitablement sur des éléments statutaires.

La décision du conseil constitutionnel du 19 mars 1964 sur la R.T.F. (A.J.D.A. 1964 - 302) est fort nette : la R.T.F. « constitue à elle seule une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national ; dès lors le législateur est seul compétent pour fixer ses règles de création, lesquelles comprennent nécessairement ses règles constitutives ». En définissant la nature de ce qu'il crée, le législateur détermine dans une certaine mesure le régime juridique : il n'en fixe pas les détails mais en pose les particularités.

Cette interprétation nous paraît être celle qui donne un sens aux dispositions constitutionnelles mais ses difficultés d'application ne doivent pas être dissimulées.

La loi créatrice tend naturellement à déborder de son objet propre et à transformer les règlements autonomes d'organisation en règlements subordonnés développant les règles contenues dans la loi. La réforme judiciaire du 22 décembre 1958 et la réforme de P.O.R.T.F. du 27 juin 1964 illustrent bien ce glissement. Toutes deux sont l'œuvre de lois accompagnées de règlements d'application. Mais le pouvoir réglementaire autonome n'est pas

écarté : il réapparaît lorsqu'une loi n'est pas nécessaire comme pour la réforme du Conseil d'Etat en 1963.

La déformation est inévitable en pratique et la disposition constitutionnelle est inapplicable en fait. Elle poursuit pourtant un but simple : le pouvoir réglementaire reçoit compétence pour gérer l'ordre établi mais toute innovation importante requiert l'intervention de la loi. La compétence proprement normative échappe au parlement mais il conserve le droit d'orienter et de contrôler l'action gouvernementale (22).

B. - L'INTERVENTION DE LA LOI POUR FIXER CERTAINES RÈGLES DE FOND.

Les compétences respectives de la loi et du règlement ne se distinguent pas toujours par leur objet comme le voudrait un critère strictement matériel. Déjà dans l'hypothèse précédente, le contenu de la mesure entraine en ligne de compte (si elle crée un nouvel ordre de juridiction, elle doit être prise par la loi, sinon, par décret, bien que la matière traitée soit la même). Diverses dispositions de la constitution donnent compétence au seul législateur pour prendre certaines décisions, indépendamment du domaine où elles sont prises. Elles ont une orientation libérale très nette car elles réservent à la loi le pouvoir de porter atteinte à certains droits et libertés.

« Les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens » (article 34 al. 3). « Les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat » (art. 34 al. 10). « Les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources » (art. 34 al. 14). Telles sont les principales règles de fond réservées à la loi.

Elles sont complétées par d'autres dispositions : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les

(22) Nous ne pensons pas avoir donné une interprétation incontestable de dispositions constitutionnelles particulièrement obscures. Nous croyons tout au plus avoir montré que leur signification n'est pas évidente et que leur application n'est pas aisée. Il en résulte que la jurisprudence relative à ces matières ne peut guère avoir une portée générale. Or, les études de M. COHEN et de M. VINCENT n'utilisent en dehors des deux décisions des 3 mai 1961 et 4 décembre 1962, relatives aux droits civiques, que des décisions et arrêts concernant la création de nouveaux ordres de juridiction ou de catégories d'établissements. Leur conclusion — disparition de toute différence entre les règles et les principes fondamentaux — nous semble dès lors reposer sur une base trop fragile. Elle ne peut tenir face à la jurisprudence beaucoup plus abondante qui maintient une différence entre les pouvoirs dont dispose le gouvernement dans l'un et l'autre cas.

conditions déterminées par la loi » (art. 66). Les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi » (art. 72 al. 2). Le préambule de la constitution prévoit de même plusieurs hypothèses de compétence exclusive du législateur mais l'énumération constitutionnelle les reprend ou exceptionnellement les écarte (les contraventions). Il n'apporte donc rien de plus sur ce point.

Ces dispositions ne se bornent pas à fixer la compétence d'une autorité ; elles posent certaines règles de fond qui déterminent l'usage à faire de la compétence. Le gouvernement est compétent pour régler l'activité des particuliers, l'organisation de la défense, le statut de la fonction publique ou le statut des collectivités locales. Mais il ne peut porter spontanément atteinte aux garanties fondamentales ou aux principes fondamentaux de liberté. La compétence dépend, non de l'objet, mais du contenu et de l'effet de la mesure.

Toutes ces hypothèses, à l'exception de la première, sont assez nettement circonscrites. La distinction selon le contenu de la mesure s'opère au sein d'une matière délimitée. (Fonction publique, défense, administration locale). L'opposition avec les matières comportant des principes fondamentaux n'est pas très grande, si ce n'est que le législateur doit normalement user de ses pouvoirs dans un sens libéral : il détermine des principes de liberté et prévoit des exceptions et dérogations.

Le pouvoir réglementaire doit prendre appui sur une loi s'il veut faire peser une obligation sur les administrés. Ainsi le droit de grève étant une garantie fondamentale accordée aux agents publics, seule une loi peut le supprimer pour certains d'entre eux (ex. : loi n° 64.650 du 2 juil. 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne J.O. 3 juil. 64). De même la tutelle restreignant la liberté des collectivités locales doit être établie par la loi (ex. : ordonnances du 5 janvier 1959)...

Par contre le champ d'application des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques est beaucoup plus vaste même si l'on ne tient compte que des libertés reconnues par la constitution et « les lois de la République ». Il est susceptible de s'étendre à presque toutes les matières où s'exerce le pouvoir réglementaire autonome (notamment l'enseignement, le régime de la propriété, des droits réels, des obligations civiles et commerciales, le droit du travail et le droit syndical). Cette disposition constitutionnelle a pour résultat d'interdire au gouvernement de prendre des mesures qui, en quelque domaine que ce soit, puisse s'analyser comme des restrictions à une liberté publique.

Elle combine avec les autres dispositions et élargit le plus souvent le domaine de la loi. Le pouvoir réglementaire fixe les règles de compétence au sein de chaque ordre de juridiction mais « c'est au législateur seul qu'il appartient de fixer les limites

de la compétence des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire » car elles sont une garantie fondamentale selon l'article 16 de la déclaration de 1789 (CE 30 mars 1962 : Association nationale de la meunerie - A.J.D.A. 1962 - 298). « Au nombre des libertés publiques... figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale »... par conséquent les dispositions d'un décret qui « mettent fin au régime de liberté qui existait antérieurement dans le département de la Guadeloupe en ce qui concerne l'accès à la profession d'infirmier ou d'infirmière » sont annulés (CE Ass. 22 juin 1963 : syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe et dame Delacoux, A.J.D.A. 1963-483). Le législateur est compétent non seulement pour fixer les règles de création de l'O.R.T.F. qui constitue à elle seule une catégorie d'établissement public « mais encore, en raison du caractère exceptionnel que celle-ci présente pour les motifs sus-indiqués (elle a pour objet la communication des idées et des informations, elle intéresse ainsi une liberté publique), les règles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement ». (CC 19 mars 1964 - A.J.D.A. 1964.302).

Ces quelques exemples montrent que sous réserve de certaines nuances (principes dirigistes déjà introduits par une législation antérieure, pouvoir de police générale) l'étendue du pouvoir réglementaire autonome n'est pas de nature à bouleverser la philosophie politique de la France. Sur bien des points, la délimitation constitutionnelle ne correspond pas à une distinction de domaines réservés mais à une différence de pouvoirs entre les deux autorités législative et gouvernementale. La notion même de matières mixtes introduit l'idée d'une inégalité de puissance. Cette idée est renforcée par les dispositions constitutionnelles qui énumèrent non des matières mais des normes qui ne peuvent être édictées que par une loi. L'analyse du domaine du règlement conduit donc à l'étude des prérogatives du pouvoir réglementaire.

Section III. — L'étendue des prérogatives du pouvoir réglementaire autonome.

Le pouvoir réglementaire de l'article 37 se fonde directement et sans intermédiaire sur la constitution elle-même. Il n'a plus besoin pour s'exercer d'une intervention législative. Son autonomie résulte de cela. Il ne s'ensuit pas qu'il est devenu un pouvoir législatif parallèle à celui qu'exerce le parlement. Les règlements autonomes sont et demeurent des actes administratifs, soumis à un régime de droit administratif.

§ 1. — *Le caractère autonome des règlements de l'article 37
ses conséquences sur l'étendue des pouvoirs
de l'autorité réglementaire.*

Alors que le pouvoir réglementaire de l'article 21 suppose pour s'exercer une loi à exécuter, celui de l'article 37 se déploie librement dans son domaine réservé. Entre eux, la différence ne réside pas dans le titre général de compétence ni dans la faculté d'initiative car ils constituent tous deux des pouvoirs propres du gouvernement. Elle tient essentiellement à la nature de leurs relations avec la loi.

Le pouvoir d'exécution des lois ne peut s'exercer que *secundum legem*, un rapport d'harmonie existant entre la règle principale et la règle dérivée. Le pouvoir réglementaire autonome doit respecter les lois régulièrement prises mais son objet n'est pas de les appliquer. La séparation des domaines doit en principe prévenir les contacts entre loi et règlement. Dans les hypothèses où ils se produisent, une exigence de non-contrariété est seule formulée.

La constitution donne donc au gouvernement une compétence normative générale dans tous les domaines qui ne sont pas réservés à la loi. Cette autonomie est protégée contre les empiètements du législateur. Du moins, il ne dépend que du gouvernement de la faire respecter. Elle ne se limite pas à l'exercice du pouvoir réglementaire stricto sensu, mais s'étend à l'ensemble de l'activité administrative.

A. - LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE AUTONOME, SOURCE DU DROIT,
RÉGISSANT L'ENSEMBLE DE L'ACTIVITÉ ADMINISTRATIVE.

En dehors des matières énumérées par les articles 34 et autres le décret pris en vertu de l'article 37 constitue une règle initiale et inconditionnée, à l'instar de la loi de Carré de Malberg. Du moins présente-t-il ces caractères par rapport à la loi : cette dernière a en effet disparu de la hiérarchie des actes juridiques et le décret se trouve directement en contact avec la constitution et les principes généraux du droit. Son autonomie tient surtout à la disparition de la médiation législative (qui subsiste dans le domaine de l'article 21) ; elle fait du décret la source même du droit positif dans ces matières, réserve faite des normes constitutionnelles.

« S'agissant de règles générales et impersonnelles, la compétence réglementaire est *de droit commun* et la compétence législative est *d'exception*. Mais l'activité réglementaire n'est qu'un cas particulier de l'activité administrative en général, de telle sorte que l'article 37 de la constitution aboutit à conférer à l'activité administrative le caractère d'activité de droit commun par rapport à l'activité législative qui est d'exception. En effet, dans

les matières non réservées à la loi, le pouvoir réglementaire peut à volonté édicter les règles générales en vertu desquelles il pourra intervenir par voie d'actes non réglementaires. En d'autres termes, bien qu'apparemment limitée au cas particulier des règlements faits par le Président de la République ou par le Premier Ministre, l'investiture générale donnée par l'article 37 s'applique à l'ensemble des autorités administratives et de leurs activités, réserve faite de la hiérarchie des règlements entre eux... » (23).

M. Vedel s'applique essentiellement à démontrer que l'ensemble de l'activité administrative, et non le seul pouvoir réglementaire, revêt un caractère de droit commun en vertu de la constitution. En dernière analyse, l'argument est que le pouvoir réglementaire régit toute l'activité administrative. Il peut être utilisé pour démontrer que les pouvoirs conférés par l'article 37 se diffusent à tous les échelons de l'administration.

Tous les actes administratifs, réglementaires ou particuliers, autres que ceux qui sont pris en vertu de l'article 37, conservent un caractère subordonné : ils ne peuvent se fonder directement sur la constitution et la médiation de la loi ou d'un décret autonome reste indispensable. L'acte principal se trouve régit de ce fait l'activité administrative qui s'exerce dans son domaine.

Le gouvernement peut utiliser les prérogatives et le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 37 dans tous les secteurs qui ne sont pas régis par la loi : il détermine les conditions d'exercice du pouvoir de décision dont l'administration est investie. Dans la mesure où l'application de la plupart des règlements se résout en actes particuliers et en actes matériels une osmose se produit inévitablement entre les divers aspects de ce pouvoir de décision. Il répartit aussi les compétences entre les autorités administratives, tout au moins tant qu'il s'agit de déconcentration. Il contribue notamment à l'aménagement du pouvoir réglementaire (24). Ce n'est sans doute qu'un élargissement de la jurisprudence Mogambury mais son importance pratique est considérable (25) : une réforme aussi étendue que celle de l'administration départementale et régionale a été réalisée, le 14 mars 1964, par des décrets de l'article 37 (26).

L'article 37 accorde au gouvernement une investiture générale. Sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 qui prévoit l'intervention du Conseil d'Etat ou du Conseil Constitutionnel pour modifier des textes de forme législative intervenus avant ou après 1958, le Premier Ministre exerce ses pouvoirs par décret selon

(23) VEDEL, *Droit Administratif*, Thémis 1961, pp. 41-42.

(24) Cf. *infra*, titre III.

(25) C.E., 2 décembre 1962, Mogambury, L. 838, S. 1824, 3^e, 97 conclusions Romieu, note Hauriou.

(26) Cf. Décrets, A.J.D.A. 1964, pp. 251-256.

Commentaires, A.J.D.A. 1964, pp. 260-287.

les règles habituelles. Depuis le décret du 30 juillet 1963 (R.A.P. relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat), « sont portées à l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire... 2° les projets de décrets pris en vertu de l'article 37 de la constitution » (article 21), c'est-à-dire que ces décrets sont désormais pris dans les mêmes formes que les règlements d'administration publique. Le Premier Ministre s'est soumis volontairement à des règles que rien ne l'obligeait à adopter ; la constitution ne prévoyant pas de type particulier de décret sauf pour modifier une loi.

Dans son domaine propre, le Premier Ministre peut déterminer la compétence des autorités administratives inférieures. Elles exercent alors, chacune à son rang, les pouvoirs qui leur sont délégués. Parmi elles, les ministres reçoivent fréquemment un « pouvoir d'exécution des décrets » (27). Il n'existe donc pas d'autorités ni d'actes spécifiques de l'article 37. Le décret est de droit commun mais n'importe quelle autorité peut être habilitée par le Premier Ministre ; elle exerce ses pouvoirs à titre subordonné car seul l'acte fondé directement sur la constitution conserve un caractère autonome. Le Premier Ministre ne viole donc pas la constitution en n'exerçant pas directement ses pouvoirs car il ne délègue pas ce qui fait leur spécificité, c'est-à-dire ce caractère initial et autonome.

Le champ d'application des pouvoirs conférés par l'article 37 s'élargit très au-delà de ce que formule la lettre de la constitution. Cette extension découle de la hiérarchie des actes juridiques : de l'exécution matérielle d'une décision particulière au règlement autonome qui en fixe le régime juridique, des relations de subordination s'établissent à tous les échelons. Les effets de l'investiture générale accordée par la constitution se développent ainsi de haut en bas de l'ordre juridique.

B. - L'ÉTENDUE DU POUVOIR NORMATIF DES RÈGLEMENTS AUTONOMES.

1°) *Le pouvoir réglementaire autonome est plus qu'un pouvoir discrétionnaire.*

Le gouvernement a reçu une compétence de droit commun qu'il exerce librement à l'intérieur de son domaine propre. Cette liberté est restreinte de l'extérieur par l'existence d'un domaine réservé à la loi. Elle n'est pas non plus arbitraire car le caractère administratif conservé par les décrets de l'article 37 empêche de les analyser comme des actes totalement inconditionnés. Le pouvoir réglementaire est limité dans son objet par la loi et dans son contenu par des principes généraux qui s'imposent à tout acte administratif. Mais ces limitations ont une

(27) Cf. *supra*, chapitre II, L'exécution des lois.

portée très générale sans elles, on ne saurait parler véritablement d'Etat de droit ou de principe de légalité (28) ; sans elles le pouvoir discrétionnaire dégènerait en arbitraire pur et simple. La plupart d'entre elles s'imposent aussi, au moins théoriquement, au législateur.

En raison de l'absence de limitations à portée spéciale, le règlement autonome est un acte aussi inconditionné qu'il est possible dans un régime de droit, à peu près à l'égal de la loi. Dans son domaine, il est incontestablement un acte initial. Il est ainsi vêtu des qualités que Carré de Malberg reconnaissait au pouvoir législatif. Leur portée est moindre car la loi était l'expression de la volonté générale comme la constitution et ne lui était donc pas véritablement inférieure. Actuellement la loi émanant d'un organe constitué (sauf peut-être la loi adoptée par référendum qui reste souveraine) n'est plus initiale et inconditionnée que sous réserve des dispositions constitutionnelles. Il en va exactement de même pour le pouvoir réglementaire autonome. Il n'est pas un second pouvoir législatif, analogue à celui qui est confié au parlement, mais la différence entre les deux ne cesse de s'amenuiser depuis les origines du régime constitutionnel et libéral au XIX^e.

Pour éviter toute équivoque, il suffit d'établir que le gouvernement jouit d'un pouvoir discrétionnaire presque total pour fixer les différents éléments de ses décisions. Il n'a pas de fonction spécifique à remplir, ni de but assigné à atteindre : ni la bonne marche de l'administration, ni le maintien de l'ordre public même dans leur sens le plus général, ne suffisent à épuiser l'étendue de l'investiture constitutionnelle. Les pouvoirs réglementaires autonomes antérieurs à 1958 étaient accordés pour la satisfaction de besoins précis : ils poursuivaient donc un but spécifique et de ce fait, le contrôle juridictionnel était plus lourd, notamment en matière de police. L'article 37 ne fixe pas non plus l'étendue des pouvoirs qu'il confère au gouvernement.

Ce dernier bénéficie donc d'une compétence normative générale qui n'a d'autres limites que celles qui est reconnue à la loi. Il ne se borne donc pas à édicter des dispositions constructives comme en matière d'exécution des lois ; il peut créer spontanément des droits en faveur des administrés ou des obligations à leur charge. La solution traditionnelle selon laquelle seule une loi ou un règlement spécialement habilité par la loi a compétence pour créer des obligations à la charge des particuliers n'a plus de valeur générale. Elle connaissait des exceptions, surtout en matière de police générale, mais actuellement le principe lui-même est abrogé.

La portée théorique de ce changement est considérable : pour la première fois, le pouvoir réglementaire est habilité de façon

(28) Cf. *infra*, § 2.

générale à créer des prérogatives de puissance publique. Mais le contenu même des domaines législatif et réglementaire atténué en pratique le bouleversement et ménage la transition avec les solutions traditionnelles.

2°) *Le pouvoir réglementaire autonome peut créer des prérogatives de puissance publique.*

Le pouvoir réglementaire peut désormais créer spontanément des prérogatives de puissance publique. La constitution en effet, ne réserve pas expressément ce pouvoir à la loi. Il résulte même de ses dispositions que le gouvernement est compétent pour établir des contraventions : il établit l'incrimination (tout au moins dans son domaine) et la sanction pénale qui peut s'élever jusqu'à deux mois de prison et 2 000 F d'amende. La compétence du législateur ne s'étend qu'aux crimes et aux délits en vertu de l'article 34 alinéa 5. Il a été jugé que les auteurs de la constitution avaient entendu déroger sur ce point au principe de la légalité des délits et des peines proclamé par l'article 8 de la déclaration de 1789 (CE 12 février 1960 : Société Eky précité L 101. S. 1960. 131 conclusions Kahn D 1960.263 note l'Huillier J.C.P. 1960.2. 11 629 bis note Vedel).

L'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, qui doit être considérée comme une disposition d'application de la constitution, décide que « les taxes parafiscales... sont établies par décret en Conseil d'Etat, pris sur le rapport du ministre des finances et du ministre intéressé ». La loi de finances se borne à donner une autorisation annuelle de percevoir la taxe parafiscale dont le gouvernement fixe l'assiette et le taux. Un changement de taux n'entraîne pas la nécessité, ni même la faculté de renouveler l'autorisation (CC 11 août 1960 - R.D.P. 1960 - 1011 note Waline D 1961-470 note Hamon).

Deux dispositions constitutionnelles ou assimilées fondent la compétence du pouvoir réglementaire en matière pénale et en matière fiscale, qui étaient autrefois strictement réservés à la loi. A côté d'elles, il existe une habilitation générale à créer des prérogatives de puissance publique.

Mais cette habilitation est considérablement restreinte par les droits que conserve le législateur. En particulier la loi fixe « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures » (art. 34 al. 6). Le règlement ne peut donc créer des charges de nature fiscale (sauf l'exception des taxes parafiscales). Surtout la loi « fixe les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (art. 34 al. 1). Le règlement ne peut donc porter atteinte aux libertés publiques régies par la loi.

D'une façon générale, « les modalités de l'exercice de la puissance publique susceptibles de s'analyser en des restrictions au droit de propriété et aux libertés fondamentales restent constitutionnellement de la compétence du législateur » (29). Autant dire que la compétence du pouvoir réglementaire est en pratique très restreinte car il est peu de prérogatives de puissance publique qui, d'une manière ou d'une autre, ne portent pas atteinte à une liberté publique. On retrouve ici l'observation formulée précédemment. Dans de nombreux cas, la compétence du législateur ne concerne pas des matières proprement dites mais des normes créant des droits et des obligations.

Le pouvoir réglementaire peut établir lui-même un certain nombre de privilèges de protection au profit de l'administration. Encore ne semble-t-il pas devoir être très nombreux : par exemple la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, administratif et judiciaire, doit être effectuée par la loi (CE 30 mars 1962 : Association nationale de la meunerie précité). Ou encore la déchéance quadriennale des dettes de l'Etat a été prévue par une loi (loi n° 62 610 du 31 mai 1962 modifiant la loi du 29 janvier 1831).

La liste des privilèges de contrainte que peut établir le pouvoir réglementaire semble encore plus restreinte. Les atteintes à la propriété privée et à la liberté des personnes, sont à peu près entièrement contraires à la constitution. Il doit en être de même pour la plupart des atteintes à l'égalité contractuelle dans les relations de l'administration avec son cocontractant. M. Moderne dans sa thèse précitée ne découvre que la seule hypothèse où le pouvoir réglementaire prévoit l'exécution forcée de ses propres décisions.

D'une façon plus générale, un décret peut fixer les conditions de son exécution sous réserve qu'il n'établisse pas de sanctions administratives privatives de liberté (puisque selon l'article 66 « nul ne peut être arbitrairement détenu... »). Il peut créer des sanctions pécuniaires si elles sont une modalité de recouvrement de sommes dont il fixe déjà le taux et l'assiette ou si, indépendamment de tout recouvrement, elles restent à un taux inférieur à celui du plafond des amendes de police. La pratique est en ce sens, selon M. Groux qui cite un décret du 9 mai 1961 édictant des amendes administratives en matière de réglementation des pêches maritimes. D'autres types de sanctions peuvent être légalement établis (ex. retrait du permis de conduire).

Le pouvoir réglementaire autonome aurait une compétence restreinte si deux autres facteurs n'intervenaient pas. La mise en œuvre des principes fondamentaux fixés par la loi lui ouvre un immense champ d'action. Lorsque le principe de la restric-

(29) F. MODERNE, *Les prérogatives de puissance publique*, Thèse, tome III, p. 91.

tion d'une liberté publique est établi dans une loi ou résulte des limitations qui lui ont été apportées par la législation antérieure, le pouvoir réglementaire est habilité à édicter un régime qui tire les conséquences de cette restriction (30). En second lieu, les dispositions constitutionnelles doivent être entendues sous réserve du maintien des solutions traditionnelles en matière de police générale.

3°) *Le pouvoir normatif des règlements autonomes peut être étendu dans certaines hypothèses.*

Le pouvoir de police répond à l'exigence d'ordre matériel et juridique qui est indispensable à la continuité de la vie nationale. Il appartient naturellement à l'administration, responsable au premier chef du maintien de l'ordre public. Une jurisprudence fermement établie s'efforce de concilier le libre exercice des activités privées avec les exigences de la vie en société qui rendent nécessaires une réglementation administrative. Le principe général qui l'anime est de ne reconnaître à l'autorité de police que les pouvoirs qui sont strictement indispensables à la réalisation de sa tâche, c'est-à-dire au maintien de l'ordre. Autrement dit, il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire en matière de libertés publiques.

Conformément à la nature de cette fonction, il n'existe donc pas de détermination *a priori* des pouvoirs de police et il convient de tenir compte des circonstances de lieu et de temps, de la nécessité de la mesure prise, de la nature de l'activité atteinte par cette mesure... L'existence d'une liberté publique garantie par la loi ou la constitution ne fait pas obstacle par elle-même à l'exercice des pouvoirs de police, si les nécessités du maintien de l'ordre requièrent une limitation de cette liberté. De longue date, l'administration s'est donc vue reconnaître la possibilité de porter atteinte aux droits et aux libertés individuelles dans la mesure nécessaire au maintien de l'ordre.

Le pouvoir de police appartenait à diverses autorités administratives inférieures et « au chef de l'Etat en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres » (CE 8 août 1919 Labonne - précité). La constitution de 1958 place la police administrative générale parmi les compétences dévolues au gouvernement par l'article 37 : elle ne l'énumère pas parmi les matières législatives et il est peu vraisemblable qu'elle ait pour but ou pour effet de rendre entièrement caduque la théorie

(30) C.C., 27 novembre 1959, Dalloz 1960.533, note Hamon.

C.C., 8 juillet 1960.

C.E., 28 octobre 1960, Sieur MARTIAL DE LABOULAYE, A.J.D.A. 1961.II.20, conclusions Heumann.

C.E., 10 janvier 1964, Chambres syndicales des compagnies d'agents de change de Lyon et Marseille, L. 20.

jurisprudentielle car cette dernière répond à des nécessités de fait dont on ne peut pas ne pas tenir compte.

La répartition des compétences entre la loi et le règlement doit donc être effectuée selon cette interprétation. Selon M. Groux (31), « les constituants ont entendu confier au seul parlement la responsabilité de modifier les statuts existants des libertés publiques et de prévoir des dérogations aux limites jurisprudentielles du pouvoir de police en matière de libertés publiques. Ils ont entendu au contraire laisser au pouvoir réglementaire la faculté d'intervenir en cette matière, dans toute la mesure où il ne s'agit que d'aménager les statuts des libertés publiques, sans toucher fondamentalement à leurs dispositions, et de faire application des principes dégagés par la jurisprudence ». Cette intention des constituants crée une nouvelle hypothèse où la loi et le règlement s'exercent sur le même domaine, mais à un niveau et dans des buts différents.

Il en ressort que le gouvernement peut régir les activités privées, et notamment celles qui constituent l'exercice d'une liberté publique, dans un but de police, c'est-à-dire dans un but de sûreté, de tranquillité ou de salubrité. Cette conclusion est de nature à élargir considérablement ses compétences : le pouvoir réglementaire autonome doit respecter strictement les libertés publiques législatives sauf s'il s'exerce dans un but de police auquel cas ses prérogatives s'étendent à la mesure des besoins conformément à une jurisprudence sur laquelle il est inutile de revenir.

Le pouvoir réglementaire ne peut limiter le droit d'accès à une profession antérieurement libre car il porte atteinte à une liberté publique (CE 22 juin 1963 : Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe... précité). Par contre il peut restreindre l'emploi d'un produit vétérinaire : « Les dispositions critiquées du décret... ont pour objet d'éviter que l'emploi sur les animaux de certaines préparations autorisées ne compromette le succès des mesures de prophylaxie de la tuberculose des dits animaux ; dès lors, en édictant les dites dispositions — et alors même qu'il apporterait réellement une limitation à la liberté du mode de diagnostic et du choix du traitement par le vétérinaire — le gouvernement n'a fait qu'user, dans l'intérêt général de la santé publique du pouvoir réglementaire qu'il tient de l'article 37 de la constitution ». (CE 10 décembre 1962. Syndicat national des vétérinaires et sieur Quentin L. 672).

Cet arrêt confirme que le pouvoir de police s'exerce en vertu de l'article 37 et conformément aux principes dégagés antérieurement par la jurisprudence. Il altère la portée de l'article 37 de deux façons opposées. D'une part, le gouvernement étend ses prérogatives. D'autre part cette extension n'est justifiée que par

(31) NED, n° 2959 précite p. 59.

la poursuite d'un certain but, le juge administratif est donc fondé à contrôler le but des mesures de police, ce qui en diminue le caractère discrétionnaire.

§ 2. — *Les limites des pouvoirs de l'autorité réglementaire : le caractère administratif des règlements de l'article 37.*

Au lendemain de la réforme constitutionnelle de 1958, certains auteurs s'étaient interrogés sur la nature du pouvoir réglementaire établi par l'article 37. M. Vedel notamment « se demande dès lors s'il ne faudrait pas distinguer deux sortes de pouvoirs réglementaires. L'un serait le pouvoir réglementaire traditionnel, bien nommé, qui s'exerce dans le cadre de la loi et pour l'application de la loi, et qui constitue donc un pouvoir subordonné. L'autre serait un pouvoir « réglementaire » d'une toute autre nature, que l'on nommerait mieux un *pouvoir normatif gouvernemental*, qui s'exercerait en la forme du règlement, mais qui aurait la même force juridique que la loi » (32).

Mais les conséquences de cette solution paraissent trop graves pour qu'elle soit acceptée. M. Vedel conclut au maintien du caractère administratif du règlement autonome. Selon lui, « la réponse à toutes ces questions dépend au premier chef de l'attitude que prendra le juge administratif quant à l'étendue de son contrôle sur les actes faits par le gouvernement dans l'exercice de son pouvoir normatif » (33).

En contraste avec l'attitude assez hésitante de la doctrine, le Conseil d'Etat manifeste d'emblée sa volonté d'intégrer le plus possible les dispositions de l'article 37 dans les cadres traditionnels du droit administratif. Non seulement il admet sans difficulté la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les décrets de l'article 37 et les ordonnances de l'article 38, mais encore il tend à développer son contrôle bien au-delà de ce qu'imaginaient les premiers commentateurs de la constitution.

Cette attitude de la jurisprudence manifeste à quel point les critères formels conservent leur importance traditionnelle. Les régimes juridiques de la loi et du règlement restent, comme par le passé, séparés par un véritable abîme sur le plan des principes. Selon M. Vedel, « la loi est l'acte juridique incontestable ». Sa valeur résulte de ce que son auteur, peuple ou parlement, exprime la volonté générale. Il ne saurait en être de même pour le gouvernement qui reste une autorité administrative : l'absence de rapport de subordination entre la loi et le règlement ne signifie nullement l'égalité des deux normes. Elle tient uniquement à l'absence, au moins apparente, de contacts entre elles.

(32) VEDEL, *Droit Administratif*, tome II, édition 1959, p. 630 et sq.

(33) VEDEL, *Droit Administratif*, tome II, édition 1959, p. 630 et sq.

1°) *Le contrôle juridictionnel des règlements autonomes.*

Le recours pour excès de pouvoir étant d'ordre public il aurait été difficile d'admettre que certains règlements puissent échapper à tout contrôle juridictionnel sans que cette solution se fonde sur une disposition constitutionnelle explicite.

La reconnaissance d'un « pouvoir normatif gouvernemental » analogue au pouvoir législatif aurait supprimé tout moyen de faire respecter le droit par le gouvernement. Faute de recours possible au Conseil Constitutionnel, le respect de la constitution n'aurait pu être assuré et le gouvernement aurait disposé d'un pouvoir parfaitement arbitraire ce que M. Vedel estime, à juste titre contraire à l'esprit de la constitution et à l'idée même d'Etat de droit.

Il ne pouvait donc pas y avoir d'hésitation : le règlement autonome reste soumis au même régime contentieux que les autres règlements administratifs. Cette solution est annoncée par un arrêt du 26 juin 1959 (Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils. RDP 1959.1004, conclusions Fournier, D 1959.541, note L'Huillier, S 1959.202, note Drago). Sur une affaire née sous l'empire de la Constitution de 1946. Elle s'applique sans difficulté aux règlements de l'article 37. Mais l'admission du recours pour excès de pouvoir n'est pas séparable de la soumission de ces actes administratifs au principe de légalité.

2°) *La soumission du pouvoir réglementaire autonome au principe de légalité*

Du fait de sa place dans la hiérarchie des actes juridiques, le règlement autonome est soumis à une légalité bien moins contraignante que celle qui régit la plupart des autres actes administratifs. Mais le droit français applique à d'autres hypothèses cette notion de légalité « à contenu variable » et le principe n'est nullement altéré.

Les premiers commentateurs de la Constitution craignaient que le Conseil d'Etat ne puisse contrôler que l'accomplissement des règles de forme et de compétence. De fait, il annule un décret qui modifie une loi en dehors du cadre de l'article 37, alinéa 2 (CE 30 janvier 1963. Caubert de Cléry et Ferre. AJDA 1963.309) ou un décret qui empiète sur le domaine de la loi (CE 30 mars 1962. Association Nationale de la Meunerie. AJDA 1962.298). Mais il ne se borne pas à contrôler la régularité externe de ces actes. Il se juge également compétent pour apprécier leur conformité à l'égard de certaines normes qui posent des règles de fond.

Le pouvoir réglementaire autonome est tenu de respecter l'ensemble de la Constitution. A côté des dispositions fixant son domaine d'intervention ou les formes à employer, on trouve des dispositions édictant des règles de fond. Il faut souligner, à cet

égard, que le Conseil d'Etat a reconnu la valeur juridique du préambule qui reprend la déclaration des droits de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946. Le Gouvernement doit, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire respecter les principes proclamés dans ces deux textes, à l'égal des autres dispositions constitutionnelles.

Mais il existe également des principes généraux du Droit qui ne résultent pas expressément du Préambule de la Constitution. Ils ne s'en imposent pas moins au pouvoir réglementaire. Sur ce point, ils présentent même un plus grand intérêt que les dispositions du Préambule : selon M. Chapus, ces derniers ne concernent guère que des matières législatives et sont « faites de passé » (34). Le recours aux principes généraux du droit permet l'élargissement et l'adaptation permanente de cet ensemble de règles juridiques. Il s'agit, en effet, de normes non écrites que le juge dégage de l'ensemble du droit positif et qui résultent d'un certain état de civilisation. Certains auteurs y voient la manifestation d'une coutume constitutionnelle.

Sans chercher à justifier théoriquement sa jurisprudence, le Conseil d'Etat censure les décisions administratives qui lui paraissent contraires à ces principes, qu'il s'agisse d'ordonnances (CE 19 octobre 1962. Canal. AJDA 1962.626) ou, *a fortiori*, de décrets. De ce fait, le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement se trouve fortement réduit : la jurisprudence du Conseil d'Etat tend à élargir le nombre et la substance des principes généraux du Droit et l'intervention de la loi pour en écarter l'application doit devenir plus rare en raison même de l'autonomie du pouvoir réglementaire (35).

Il est inutile d'insister sur le fait que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés, de même que l'ensemble des règles de droit international, s'imposent à l'Administration comme à l'ensemble des pouvoirs publics en vertu de l'article 55 de la Constitution, sauf pour souligner que le Gouvernement peut seul donner une interprétation de ces règles, devant le juge administratif.

Le respect de la chose jugée fait également partie du principe de légalité. On a même pu parler d'un renouveau de la théorie du détournement de pouvoir lors de l'annulation d'un décret réglementaire qui réformait le statut de l'administrateur de la Comédie Française de façon à permettre de reprendre une révocation annulée par le juge (CE 13 juillet 1962. Bréart de Boisanger. AJDA 1962.572).

(34) CHAPUS, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D. 1960, chr. 119. La même thèse est reprise et développée dans l'article suivant du même auteur : *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D.S. 1966, chr. 99.

(35) Cf. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative* (1954).

3°) La supériorité de la loi sur les actes administratifs

Le problème essentiel concerne les relations entre la loi et le décret autonome. L'opinion selon laquelle la délimitation même des compétences évite tout contact entre les deux catégories de règles se révèle illusoire. Non seulement l'article 34 crée des difficultés de frontières mais encore il établit souvent dans une même matière une superposition de compétences. La jurisprudence a été conduite à reprendre plusieurs de ses solutions traditionnelles qui ne peuvent s'expliquer que par la suprématie de la loi.

Cette attitude a été rendue possible par les dispositions constitutionnelles dont plusieurs postulent cette inégalité entre la loi et le règlement. On peut faire observer tout d'abord que le contrôle de constitutionnalité ne s'exerce sur une loi qu'avant sa promulgation (art. 40, 41, 61). Après la promulgation le contrôle au fond devient impossible. Seule subsiste la possibilité de modifier, après décision du Conseil Constitutionnel, un texte de forme législative qui empiète sur le domaine réglementaire. Selon l'expression de M. Vedel, la loi reste un acte incontestable, ce qui suffit à la différencier de toutes les décisions administratives, réglementaires ou non. L'inégalité est manifeste dans le régime juridique des deux catégories d'actes.

Elle entraîne presque inévitablement cette conséquence qu'à chaque occasion où ils se trouvent en contact, la loi bénéficie d'une force juridique supérieure à celle du règlement. Certaines dispositions constitutionnelles confient implicitement à la loi le soin de définir les domaines respectifs de la loi et du règlement. Sans évoquer les lois organiques qui peuvent être présentées comme des mesures d'application de la Constitution, il suffit de penser à la compétence législative en matière de crimes et de délits : elle implique que la définition des contraventions est faite par la loi elle-même, ce qui est le cas (articles 40, 465, 466 C pénal). Le Gouvernement peut s'opposer à ce que le Parlement établisse une contravention, il peut modifier les dispositions prises en la matière mais dans les deux cas, le Conseil Constitutionnel apprécie la constitutionnalité en fonction de la définition légale. De façon générale, le Gouvernement est lié par les lois en vigueur tant qu'il ne les a pas modifiées dans les formes et pour les motifs prévus par l'article 37, alinéa 2. Une vue même rapide du texte constitutionnel montre qu'il est peu d'hypothèses où l'exercice du pouvoir réglementaire autonome ne se heurte pas au domaine législatif. Le cas exemplaire est fourni par l'article 34 § 3 : la loi établit les principes fondamentaux, le règlement en assure la mise en œuvre. Mais il s'agit d'une question suffisamment importante pour mériter une étude particulière.

Section IV. — La notion de mise en œuvre des lois déterminant des principes fondamentaux.

La Constitution de 1958 a délimité un certain nombre de matières mixtes où la loi détermine les principes fondamentaux et où le pouvoir réglementaire fixe les règles nécessaires à leur mise en œuvre. Ces matières sont énumérées dans l'article 34 § 3 ainsi que dans les deux alinéas concernant les garanties fondamentales réglées par la loi.

Nous nous sommes efforcés d'établir le caractère autonome des règlements intervenus dans ces matières. Malgré des affirmations en sens contraire nous pensons que le régime juridique des règlements mettant en œuvre des principes fondamentaux ne peut être assimilé à celui des règlements ordinaires d'application.

L'ensemble de la jurisprudence nous semble attachée au maintien de la distinction (36). Il est possible que le Conseil Constitutionnel n'y soit pas toujours fidèle. La décision du 3 mai 1961 (Sirey 1961.349, note Hamon précitée) soumet une loi fixant des règles (le Code électoral) à une limitation de domaine analogue à celle qu'il établit pour les lois déterminant des principes fondamentaux. Elle est tellement en contradiction avec l'ensemble de la jurisprudence relative à la notion d'exécution des lois qu'il convient de la considérer comme une décision d'espèce (37). Les difficultés que présentent certaines décisions nous semblent dues à des erreurs d'interprétation, la décision du 27 novembre 1959 relative à la R.A.T.P. par exemple (38).

De toutes façons, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel ne peut être isolée de celle du Conseil d'Etat qui est beaucoup plus ancienne et beaucoup plus étendue à la fois par son champ d'application et par le nombre des précédents. Supposer que le régime juridique dégagé par le Conseil Constitutionnel à propos d'un certain nombre de textes, caractérise un pouvoir réglementaire subordonné et s'applique à tous les règlements d'application des lois est impossible : cette attitude aboutirait à étendre considérablement les prérogatives du Pouvoir exécutif, elle serait de ce fait incompatible avec le maintien des solutions traditionnelles tel qu'il résulte des textes et de la jurisprudence en matière d'exécution des lois.

Une étude sur les relations entre les lois déterminant les principes fondamentaux et les règlements qui les mettent en œuvre doit admettre comme point de départ l'originalité de l'hypothèse : l'originalité a déjà été soulignée en ce qui concerne

(36) Cf. *supra*, chapitre II, section II, § 3. Les lois dont l'exécution est faite par règlements complémentaires.

(37) Cf. *supra*, chapitre II, section V, sous-section I, § 2. Le problème du caractère résiduel de la compétence du pouvoir réglementaire depuis 1958.

(38) Cf. *supra*, chapitre III, section II, § 2 A, Intervention de la loi pour poser les règles de certaines opérations.

les domaines respectifs des deux catégories de normes. La loi peut se développer à son gré dans les matières entièrement législatives et le règlement complémentaire ne bénéficie que d'un domaine résiduel. Au contraire le domaine de la loi de principe est strictement délimité par les règles constitutionnelles et est à l'origine d'un contentieux important. Le règlement de mise en œuvre s'exerce donc sur un domaine réservé. Il ne se différencie pas sur ce point d'un règlement autonome ordinaire, à ceci près que la distinction des domaines se fait selon l'importance de la norme et non selon son objet (39).

Les difficultés naissent lorsqu'il s'agit de définir l'étendue des pouvoirs conférés au Gouvernement en la matière. Il faut, en effet, concilier le caractère autonome de ces règlements avec leur objet qui est d'assurer la mise en œuvre de principes contenus dans les règles supérieures. Le régime juridique élaboré par la jurisprudence effectue tant bien que mal cette conciliation. Mais sa nouveauté et ses difficultés de réalisation font qu'il est souvent altéré ou même abandonné en pratique.

§ 1. — La notion jurisprudentielle de mise en œuvre des principes fondamentaux

Cette notion doit son existence à la Constitution de 1958 : Les autorités administratives et judiciaires ont eu à résoudre des problèmes entièrement nouveaux. Elles ont cherché à élaborer un régime juridique original mais elles ont été conduites à dégager cette notion et ce régime de la notion et du régime le plus comparable : la mise en œuvre des lois déterminant des principes fondamentaux s'inspire donc de l'exécution des lois *stricto sensu*. Le point de départ est le même car les problèmes à résoudre sont analogues. Mais une différenciation s'effectue très vite pour répondre aux exigences constitutionnelles. C'est pourquoi les pouvoirs conférés au Gouvernement sont ceux qu'il détient en matière de réglementation autonome, mais leur exercice est conditionné par leur objet même : mettre en œuvre des normes législatives.

A - LA MISE EN ŒUVRE D'UNE LOI SUPPOSE DES POUVOIRS PLUS ÉTENDUS QUE L'EXÉCUTION STRICTO SENSU

« ... Les dispositions de l'article 34, 4^e alinéa de la Constitution réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux concernant les matières énumérées par ce texte ; il résulte des termes même de ces dispositions et du rapprochement qui doit en être fait avec ceux des alinéas 2 et 3 du même article, que la Constitution n'a pas incisé dans le domaine de la loi la fixation

(39) Cf. *supra*, même chapitre, section II, Le domaine du pouvoir réglementaire autonome.

des règles nécessaires à la mise en œuvre de ces principes fondamentaux dans les matières dont il s'agit ; en vertu des dispositions de l'article 37, il appartient à la seule autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter ces règles dans le respect des dits principes fondamentaux ».

Cette décision déjà citée a été prise le 27 novembre 1959 par le Conseil Constitutionnel. Elle est à l'origine de la terminologie adoptée pour manifester la rupture avec le pouvoir classique d'exécution des lois. Aucune ambiguïté n'est possible : les règles nécessaires à la mise en œuvre des principes fondamentaux sont édictées en vertu de l'article 37, c'est-à-dire dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome. Il en résulte une série de conséquences très importantes. Elles ont toutes pour effet d'élargir les pouvoirs dont dispose l'autorité investie du pouvoir réglementaire.

La plus visible apparaît sur le plan formel. Le décret n'a nullement besoin de viser la loi ou les lois qui déterminent les principes fondamentaux en cause. S'il le fait, c'est dans un but exclusivement documentaire. Le seul visa, à la fois nécessaire et suffisant, est celui de l'article 37 de la Constitution.

Il ne faudrait pas sous-estimer la portée de cette règle de forme. Elle signifie que le fondement juridique du décret n'est pas la loi mais la Constitution. La compétence de Gouvernement n'est plus exécutive et complémentaire car elle se fonde directement sur la Constitution. L'étendue des prérogatives en est immédiatement affectée.

La médiation de la loi n'est donc plus indispensable. L'intervention du pouvoir réglementaire n'est pas subordonnée à l'existence d'un loi déterminée dans la matière en cause. Ainsi, un décret peut modifier les conditions d'organisation et de fonctionnement des caisses des écoles sans qu'aucune loi n'ait au préalable déterminé les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales applicables dans l'espèce. (CE 24 mai 1963. Fédération Nationale des Conseils de Parents d'Elèves des Ecoles publiques et autres... AJDA 1963.355. Chr. gén. jp.). La faculté d'initiative du pouvoir réglementaire est donc grande. La seule difficulté réside dans la détermination des principes fondamentaux à mettre en œuvre : il faut alors se référer à des solutions de portée générale comme le principe de la liberté d'activité professionnelle (CE 22 juin 1963. Syndicat du Personnel Soignant de la Guadeloupe et dame Delacoux. AJDA 1963.483 précité) ou encore dégager un régime qui concilie les principes traditionnels avec les « limitations de portée générale qui y ont été introduits par la législation antérieure » (CC 27 novembre 1959. Décision relative aux baux à ferme. JO 14 janvier 1960).

Il reste que, dans de nombreux cas, le règlement ne peut intervenir qu'après la définition du principe par la loi : la détermination des catégories de personnes bénéficiaires d'une prestation

ou assujettis à une cotisation précède logiquement la fixation du taux de cette prestation ou de cette cotisation (CC 20 décembre 1960. L. 39). Il n'est pas possible de dégager de règle générale car tout dépend du degré de précision des principes en cause, qui varie selon les matières et évolue au gré de la jurisprudence. Mais le règlement de mise en œuvre n'est frappé d'aucune limitation intrinsèque.

Le contenu même des mesures qui peuvent figurer dans un règlement de ce type l'oppose au règlement d'exécution des lois. Ce dernier ne peut édicter de dispositions normatives que de façon limitée. Plus précisément son rôle se borne à expliciter et à préciser le contenu de la loi qu'il applique, plus largement à développer les règles législatives, ce qui peut aller assez loin. Mais dans tous les cas, il s'agit d'un pouvoir dérivé de la loi, que la loi peut limiter ou étendre à son gré. Au contraire, le règlement nécessaire à la mise en œuvre d'un principe détient, en raison de son caractère autonome, un pouvoir normatif général. Rien ne s'oppose à ce qu'il établisse spontanément des droits au profit des particuliers ou des obligations à leur charge (dans les limites, relativement étroites, de ses pouvoirs sur ce point. Cf. supra) (40).

Un exemple précis permet de mieux mesurer la portée de cette solution. Un règlement d'administration publique ne peut établir un délai d'immatriculation en matière d'assurance de longue maladie, si ce délai n'est pas prévu par l'ordonnance appliquée. Sinon, il « a pour effet de subordonner le bénéfice des prestations... à une condition nouvelle non prévue par l'ordonnance... », dès lors, il modifie les dispositions de ladite ordonnance et restreint le bénéfice du droit aux prestations qu'elle prévoit » (CE Ass. 1^{er} déc. 1961. Société Marseillaise des Grands Magasins. L. 678). La fixation d'un délai a un caractère normatif et ne peut donc appartenir à l'autorité d'exécution (autre exemple : CE Ass. 1^{er} déc. 1961. Société Jean Roques. L. 675). Le règlement de mise en œuvre, au contraire, est normalement compétent sur ce point. Le Conseil Constitutionnel a eu à connaître d'une ordonnance du 4 février 1959 fixant des mesures d'intégration et de détachement au profit des anciens contrôleurs civils de Tunisie et du Maroc, et d'une ordonnance du même jour donnant au personnel de la R.T.F. une option entre le statut de fonctionnaire et un statut de droit privé. Il a jugé que ces deux dispositions concernaient les garanties fondamentales des fonctionnaires et relevaient du domaine de la loi. Par contre, les détails d'intégration, de détachement ou d'option ne sont que la simple mise en œuvre des garanties et peuvent être fixées par le pouvoir réglementaire

(40) Ce n'est qu'en ignorant cet aspect, pourtant essentiel, de la question que l'on peut parler, comme MM. COHEN et VINCENT, d'unité de l'article 34. Quelques décisions ambiguës ou divergentes ne peuvent faire oublier que la jurisprudence continue à opposer le règlement d'exécution des lois et le règlement autonome.

(décision du 29 janvier 1960 et du 14 octobre 1960 précitées). En matière de Sécurité Sociale, le Conseil Constitutionnel a décidé le 22 décembre 1961, que les « éléments » des conditions d'ouverture du droit aux prestations dépendaient du pouvoir réglementaire. Si, comme il est probable, les délais font partie de ces « éléments », la solution des arrêts précités du Conseil d'Etat est exactement renversée.

Il n'est donc pas douteux que le règlement de mise en œuvre dispose d'une compétence beaucoup plus large que le règlement d'exécution. Mais l'autonomie ainsi conquise par le Gouvernement, grâce à la Constitution de 1958, rend beaucoup plus complexes la détermination du rapport de conformité entre la loi de principe et le règlement de mise en œuvre.

B - LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI DOIT S'EFFECTUER SANS DÉNATURATION DES PRINCIPES QU'ELLE CONTIENT

Le règlement de mise en œuvre conserve la même fonction que le règlement d'exécution. Dans les deux hypothèses il s'agit d'un acte secondaire dont le but est de permettre ou de faciliter l'entrée en vigueur et l'application effective d'un acte principal. Il est donc indispensable de maintenir un certain rapport de conformité entre les dispositions initiales et les dispositions secondaires. Mais le contrôle de la conformité des unes aux autres est beaucoup plus difficile à établir dans un cas que dans l'autre (41).

L'intervention du législateur pour redresser les erreurs du pouvoir réglementaire est un premier moyen de contrôle. La loi fixant des règles peut accroître la précision de ses dispositions, modifier ou annuler celles du règlement complémentaire. Bien que cette faculté soit rarement utilisée, elle subsiste à l'état latent. Au contraire, la loi déterminant des principes fondamentaux est enserrée dans un domaine limité et le règlement de mise en œuvre bénéficie d'un domaine réservé sur lequel le législateur n'a aucun contrôle.

L'étendue même des pouvoirs de l'autorité réglementaire est une garantie de conformité. Le fait que le règlement complémentaire n'ait de pouvoir normatif que pour développer les règles posées par la loi suffit à l'empêcher de déformer l'intention du législateur. Un contrôle juridictionnel, fondé sur des notions juridiques assez précises, est relativement aisé à organiser. Le règlement de mise en œuvre qui détient un pouvoir normatif beaucoup plus étendu, dispose *ipso facto* d'une latitude beaucoup plus grande. Il est donc nettement plus difficile d'établir

(41) Il est pourtant des cas où la portée du principe ne crée pas d'équivoque. C.E., 13 juillet 1963. Syndicat national des ingénieurs-conseils, inspecteurs du contrôle de la prévention... L. 429. (L'application d'une procédure établie comme principe fondamental est illégalement subordonnée à un agrément ministériel).

des directives jurisprudentielles de nature à garantir le respect des principes fondamentaux posés par la loi.

Le Conseil Constitutionnel n'en a pas moins fortement marqué le lien nécessaire qui doit subsister entre les deux catégories d'actes. Dans sa décision précitée du 27 novembre 1959, il affirme que l'autorité investie du pouvoir réglementaire doit édicter les règles de mise en œuvre « dans le respect des principes fondamentaux ». Dans une décision du 22 décembre 1961 relative aux conditions d'attribution d'une allocation, il précise « qu'il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer les dites conditions, d'en préciser les éléments ». Cette formule semble assez bien résumer l'attitude du Conseil Constitutionnel. Le pouvoir réglementaire est chargé de mettre en œuvre les principes législatifs sans, pour autant, les dénaturer ou les altérer. Cette formule de mise en œuvre sans dénaturation est difficile à préciser car elle ne repose pas sur des critères généraux et rigoureux, d'autant plus qu'aucune décision n'a encore reconnu un cas de dénaturation. On peut, tout au plus, en dégager les contours et expliciter quelques directives à appliquer à chaque espèce.

Le décret peut déterminer la portée du principe qu'il met en œuvre. Par hypothèse, le principe est formulé, le plus souvent, sous une forme générale et absolue. Il appartient au pouvoir réglementaire de le concrétiser et de le relativiser pour en permettre la mise en œuvre effective. Le cas échéant, il peut être amené à apporter des limites au principe. Cette faculté qui est interdite au pouvoir réglementaire subordonné appartient de plein droit au pouvoir réglementaire autonome. Sa portée dépend évidemment de la force et de la précision du principe en cause. Un principe fondamental de la Sécurité Sociale est que les frais d'hospitalisation et de traitement dans les établissements de cure sont couverts par les prestations d'assurances maladie. Mais le pouvoir réglementaire peut décider que ces frais n'incluent pas « les frais de toute nature des cures thermales climatiques » et restreindre l'étendue de la prise en charge par la Sécurité Sociale (CC 7 avril 1963. L. 32). Il dispose sur ce point d'un pouvoir discrétionnaire assez large et peut mener de façon autonome, une véritable politique. Par contre, la suppression de la participation aux frais en cas d'affection nécessitant un traitement de longue durée est un principe fondamental qui ne peut souffrir aucune limitation. Un décret ne peut ni rétablir un ticket modérateur ni subordonner le bénéfice de ces dispositions à certaines affections seulement (CE 22 novembre 1963. Fédération Nationale des Malades, Infirmes et Paralysés. AJDA 1964. 55).

Certains principes, mais non tous, peuvent donc être limités sans que leur existence même soit mise en cause. Mais à partir d'un certain degré d'importance l'exception au principe devient

elle-même le principe contraire. Ainsi la multiplication des mesures dirigistes dans de nombreux secteurs de l'économie a fini par substituer un principe interventionniste à la liberté traditionnelle du commerce et de l'industrie. Le problème est écarté pour les « limitations de portée générale qui... ont été introduites par la législation antérieure » à 1958 (CC 27 novembre 1959 précité). Ces limitations ont pour effet de renverser le principe et en conséquence de donner une compétence très large au pouvoir réglementaire à condition qu'il reste dans le cadre des prescriptions antérieures. Selon M. Hamon « resterait qu'en fait, on ait tacitement convenu de baptiser « mise en œuvre des principes fondamentaux » les limitations ou les atteintes qui y ont déjà été apportées, un décret pouvant ainsi défaire ou refaire ce que la loi a déjà fait » (42).

Mais un glissement est inévitable. Moins d'un an après, le Conseil d'Etat autorise le Gouvernement à soumettre certains viticulteurs qui bénéficiaient encore d'un régime de liberté à des mesures de blocage. Le raisonnement suivi est parfait : Les exonérations antérieures « qui étaient étroitement liées à l'ensemble des mesures dans le cadre desquelles elles avaient été accordées en fonction des circonstances économiques de l'époque, ne constituaient que des modalités de la réglementation édictée en matière de viticulture et ne sauraient être regardées comme ayant consacré » un principe fondamental (CE 28 oct. 1960. Martial de Laboulaye précité. AJDA 1961.II.20). En l'espèce, l'appréciation semble exacte mais le même raisonnement peut être employé dans la plupart des cas. Le Gouvernement reprend généralement une réglementation dans le but de la modifier. Il met donc en œuvre les principes d'une autre façon que dans la réglementation antérieure. A partir de quel degré de modification, y a-t-il dénaturation ? La jurisprudence ne fournit aucun critère précis.

Le problème de la modification de statuts anciens ne se pose donc pas dans des conditions très différentes de celui de la mise en œuvre de principes fondamentaux déterminés par une loi expresse. La notion d'altération ou de dénaturation correspond à une nécessité fonctionnelle mais en l'état actuel du droit, elle ne peut faire l'objet d'une définition juridique précise.

1°) *Le « seuil de bouleversement » ne peut faire l'objet d'une définition précise*

Les principes fondamentaux « s'imposent au pouvoir réglementaire qui peut les aménager, les adapter, les préciser, mais ne doit pas les altérer, les dénaturer ; pour reprendre les expressions du Conseil Constitutionnel, le Gouvernement a le pouvoir de mettre en œuvre les principes fondamentaux, non de les mettre

(42) Note Hamon sous C.C., 27.11.59, Dalloz 1960.533.

en cause. Entre l'aménagement et l'altération, la frontière est d'ailleurs difficile à tracer ; il y a, en quelque sorte, un « seuil de bouleversement » que le pouvoir réglementaire ne doit pas franchir, et qui ne se prête pas à des définitions aussi précises que celle de notre jurisprudence sur l'imprévision ». (Conclusions Braibant. CE 13 juil. 1962. Conseil National de l'Ordre des Médecins, précité).

Dans de multiples hypothèses, en effet, la transition est insensible : l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant réforme judiciaire crée des « tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale (qui) constituent un ordre de juridiction distinct des tribunaux d'instance » ordinaires (CC 18 juillet 1961. 1^{re} décision AJDA 1961.525). Mais la même décision donne compétence exclusive au pouvoir réglementaire pour fixer le nombre, le siège et le ressort des tribunaux. Si le Gouvernement multiplie les tribunaux de la première catégorie, il réduit d'autant la compétence des tribunaux ordinaires. A la limite, on peut aboutir à créer deux séries parallèles de juridictions, les unes exclusivement pénales, les autres exclusivement civiles. Dans ce cas, le principe établi par l'ordonnance est indéniablement violé puisqu'on aboutit à la disparition des tribunaux d'instance ordinaires. Mais à quel « seuil de bouleversement » commence la dénaturation ? Tout chiffre absolu ou toute proportion est arbitraire.

La décision ne peut reposer que sur une appréciation subjective des circonstances de l'espèce. Dans la théorie de l'imprévision le seuil de bouleversement est apprécié en fonction des prévisions de parties. La dénaturation d'un principe devrait être appréciée par rapport à l'intention du législateur. Il est probable que le Conseil constitutionnel et surtout le Conseil d'Etat cherchent à fonder les décisions sur l'intention explicite ou présumée du législateur. Ils disposent pour ce faire de moyens d'investigation assez bien mis au point. Mais la technique constitutionnelle interdit pratiquement au législateur d'exprimer ses vues sur la mise en œuvre des principes qu'il adopte. On est ainsi ramené à une décision juridictionnelle prise sans bases sûres et la difficulté s'accroît encore lorsque plusieurs principes entrent en conflit.

2°) *Le pouvoir réglementaire est chargé de la conciliation des principes opposés*

M. Hamon fait observer, dans sa note précitée que « le plus souvent, il n'y a pas un principe fondamental unique en cause mais plusieurs qui entrent d'autant plus en conflit que chaque interprète, chaque justiciable, les entend à sa manière dans le droit comme dans la vie ». Il est facile de montrer la justesse de cette observation : le droit de grève s'oppose à la liberté du travail, les institutions du droit du travail limitent la liberté

d'entreprise, d'une façon générale presque toutes les libertés publiques recèlent des aspects contradictoires, presque toutes constituent un obstacle à la sauvegarde de l'intérêt général. Une jurisprudence bien connue affirme qu'il n'est pas de droits sans restrictions ni de principes sans limites : elle s'efforce d'opérer une conciliation entre les exigences des droits individuels et de l'intérêt général, de l'ordre et de la liberté.

Notre propos est seulement d'indiquer qu'un principe ne vaut donc que par sa mise en œuvre et que celle-ci dépend du pouvoir réglementaire. Autrement dit, le législateur n'est plus chargé d'effectuer lui-même la conciliation entre les principes opposés qu'il détermine. Il peut seul supprimer le droit de grève à une catégorie d'agents publics, car, ce faisant, une garantie fondamentale est mise en cause, mais il n'a plus compétence pour en régler les conditions d'exercice : cette situation qui résultait d'une carence du législateur, devient conforme au droit ; on sait que la réalité du droit de grève dépend de ses conditions d'exercice que le pouvoir réglementaire fixe à peu près librement.

Le pouvoir réglementaire opère cette conciliation sous le contrôle du juge qui doit veiller à ce que les principes en cause ne soient pas dénaturés. Mais comment apprécier la dénaturation puisque par hypothèse, il s'agit de principes opposés ? Ici encore, la meilleure solution serait de se référer à l'intention du législateur pour poser les bases de cette conciliation. Mais cette recherche est à peu près impossible dans la mesure où les dispositions constitutionnelles, interprétées par le Conseil Constitutionnel, lui interdisent de pénétrer sur le domaine de la mise en œuvre et donc d'indiquer la portée des principes qu'il détermine. Le Gouvernement et, en dernier ressort, le juge, ont donc un pouvoir largement discrétionnaire d'appréciation pour trancher les conflits de principes. Nous ne voulons pas dire qu'il est fait un usage arbitraire de ce pouvoir, mais seulement qu'il est impossible de définir théoriquement l'étendue des prérogatives du Gouvernement (43).

(43) Le gouvernement dispose d'une latitude comparable lorsqu'il s'agit non plus de principes qui s'opposent sur le fond mais de principes qui portent sur des domaines concurrents : le commissaire du Gouvernement Heumann conclut que le décret du 16 mai 1959 portant organisation du marché du vin est conforme à la Constitution parce que son projet (la réglementation économique) rentre dans la compétence réglementaire même si ses effets peuvent avoir une incidence sur le droit de propriété qui relève de la loi. (C.E., 28 oct. 1960 précité). Le Conseil d'Etat n'a pas repris cette argumentation mais elle semble pouvoir jouer, au moins implicitement, dans plusieurs cas.

3°) *La notion de dénaturation ne peut être qu'une directive jurisprudentielle* (44)

Dans les deux hypothèses envisagées, nous ne sommes parvenus à dégager aucun critère précis pour définir les relations entre la loi de principe et le règlement de mise en œuvre. Nous avons été conduits, dans les deux cas, à estimer que le seul moyen d'y parvenir serait de se référer à l'intention du législateur. Mais nous avons également observé que ce moyen était inutilisable du fait des dispositions constitutionnelles. La séparation des domaines de la loi et du règlement constitue un obstacle infranchissable : le Conseil Constitutionnel censure les lois qui sortent de leur domaine et contiennent des clauses précisant leur mise en œuvre. Dans le même esprit, il faut estimer que l'intention du législateur n'a aucune force obligatoire à l'égard du pouvoir réglementaire. Telle qu'elle s'exprime par exemple dans les travaux préparatoires ou les débats parlementaires, elles peuvent fournir des indications intéressantes et utiles mais le Gouvernement n'est pas juridiquement lié par elle puisque précisément elle sort du domaine réservé au législateur.

C'est donc la Constitution elle-même qui exclut toute possibilité de formuler un critère précis. La dénaturation d'un principe ne peut pas devenir une notion aussi rigoureuse, sur le plan théorique, que la violation d'une règle de droit. L'opposition est beaucoup moins nette en pratique : la jurisprudence continue à apprécier la dénaturation d'un principe en fonction des solutions antérieures, tandis qu'à l'inverse, la légalité d'un acte administratif n'admet pas dans tous les cas une solution évidente. Mais au niveau du texte constitutionnel et de la théorie juridique qui en découle, il reste une différence de nature entre les deux sortes de règlements : le règlement de mise en œuvre reste un règlement autonome, de ce fait sa subordination envers la loi de principe est beaucoup moins marquée que dans l'hypothèse du règlement purement complémentaire ; toutefois, le caractère hybride, pour ne pas dire ambigu de cette catégorie en rend l'usage assez difficile.

§ 2. — *La portée pratique de la notion de mise en œuvre*

L'analyse permet de conclure, semble-t-il, que la notion de mise en œuvre a une existence effective et qu'elle entraîne des conséquences juridiques assez importantes, malgré les doutes de

(44) Comparer une décision d'annulation et une décision de rejet : C.E., 16 octobre 1964, Ministre de l'Industrie c/ Rollet, A.J.D.A. -965.299. C.E., 2 décembre 1966, Fédération hospitalière de France... Concl. Fournier, D.S. 1967.202.

certain auteurs (45). Mais il est certain qu'il s'agit d'une notion difficile à utiliser en pratique.

La première difficulté réside dans la discrimination entre ce qui est principe fondamental et ce qui est règle de mise en œuvre. Le Conseil Constitutionnel ne peut y procéder qu'*a posteriori*, c'est-à-dire lorsqu'un texte a été élaboré ou même adopté. Mais le Parlement s'attache peu à déterminer la valeur juridique des textes qu'il adopte. S'il débordé sur le domaine réglementaire, il adopte un texte de forme législative qui pourra être modifié par voie réglementaire mais qui jusqu'à ce jour sera parfaitement assimilé à une loi régulière.

Les empiètements du pouvoir législatif n'ont donc pas de sanctions graves. En sens inverse, un empiètement du pouvoir réglementaire expose à une annulation. Il n'est donc pas étonnant que le Gouvernement ne défende pas très vigoureusement sa compétence (la présence d'une majorité fidèle au cours de la deuxième législature de la V^e République, accentue cette tendance). Comme l'article 41 lui en laisse la faculté, il accepte ou propose des projets des lois sur toutes les questions dont il n'est pas sûr qu'elles n'appartiennent pas, même en partie, au domaine réglementaire.

Même lorsqu'il n'étend pas sa propre compétence, le législateur, fidèle à la tradition, envisage souvent les textes réglementaires comme des dispositions d'application pures et simples. De nombreuses lois de principes se terminent ainsi par un renvoi à des décrets d'exécution (par exemple la loi du 27 juin 1964 portant statut de l'O.R.T.F., la loi du 29 novembre 1963 relative au domaine public maritime...). Cette pratique, à peu près générale, efface la distinction entre mise en œuvre et application. Nous avons observé que l'invitation législative, insusceptible de contrôle juridictionnel, pouvait élargir le domaine réglementaire sans avoir à tenir compte de la Constitution (46). Il faut noter ici que l'inverse est aussi exact : les empiètements du pouvoir législatif et la transformation de règlements autonomes en règlements d'exécution peuvent restreindre considérablement le domaine réglementaire. Dans les deux hypothèses, et malgré les dispositions constitutionnelles claires, la compétence du Gouvernement dépend juridiquement de la volonté du législateur.

Mais la situation est compliquée par la possibilité offerte au Gouvernement de récupérer à tout instant ce qu'il a concédé à la loi. Le Conseil Constitutionnel intervient alors pour rétablir les notions de règlements autonomes et de règlements de mise en œuvre dans leur pureté théorique. Il doit se livrer à une analyse approfondie et disséquer littéralement le texte, ce qui,

(45) Cf. P. LOUIS-LUCAS, *La loi*, Dalloz 1964, chr. 197, notamment note 13, p. 202.

(46) Cf. chapitre II, L'exécution des lois, section V, sous-section III, pouvoirs spécialement conférés par la loi.

à la limite, lui retire toute unité et parfois même toute signification. La décision du 19 mars 1934 (AJDA 1964.302) déjà citée, est remarquable à ce sujet : le Conseil découpe l'ordonnance du 4 février 1959 relative à la R.T.F., article par article, alinéa par alinéa, phrase par phrase. Lorsqu'il s'est agi d'adopter un nouveau statut, ce découpage a été ignoré : le Parlement a voté une loi dont les modalités d'application sont fixées par décret. Mais rien n'empêche ultérieurement le Gouvernement de demander à nouveau au Conseil Constitutionnel un découpage de la loi qui rétablisse l'autonomie du pouvoir réglementaire.

Nous souscrivons entièrement à l'opinion de M. Louis-Lucas dans sa chronique précitée : « Pour dire les choses clairement, le régime législatif tout à fait original de 1958 ne joue que si le Gouvernement le veut bien ». La distinction entre principe fondamental et règle de mise en œuvre est trop subtile, trop artificielle, et par conséquent trop contraire aux exigences de bonne politique et de bonne administration pour que le pouvoir législatif le respecte scrupuleusement. Elle est surtout utilisée du côté du Gouvernement à l'égard de la législation antérieure à 1958 ou pour modifier des « textes de forme législative » sans intervention du Parlement. En règle générale, la notion reste écartelée entre deux tendances : évoluer vers une autonomie presque complète (la réforme par décret du Conseil d'Etat) ou se rapprocher du règlement complémentaire (le statut de la Fonction Publique). Il faut tenir compte en outre de la possibilité pour le Gouvernement, de renverser la tendance, en raison des armes juridiques et politiques dont il dispose. Cette instabilité ne vaut pas seulement pour les règles de mise en œuvre, mais également pour l'ensemble du pouvoir réglementaire autonome.

CONCLUSION

L'ensemble du système adopté en 1958 est extrêmement difficile à appliquer. La délimitation des matières est délicate à faire et plus encore à respecter. La dualité de compétence peut, au moins théoriquement, conduire à une paralysie réciproque des deux pouvoirs. Le système de contentieux est trop complexe du fait de la dualité des juridictions et des procédés de saisine pour assurer des solutions nettes et incontestables.

Il ne fonctionne effectivement qu'en raison des deux correctifs qui permettent d'éviter des incohérences trop flagrantes.

D'une part, la pratique a conservé la solution traditionnelle selon laquelle un texte législatif a toujours en fait une force juridique supérieure à celle d'un texte réglementaire. La suprématie de la loi est manifeste lorsqu'elle fixe les règles ou détermine les principes fondamentaux. Elle subsiste même à l'égard des règlements purement autonomes en raison du caractère incontestable du texte de forme législative (ce qui permet de

maintenir, entre autres, la pratique vicieuse des validations législatives).

D'autre part, un second correctif résulte de la suprématie politique et constitutionnelle du Gouvernement sur le Parlement. Le premier correctif laisserait supposer que la Constitution de 1958 n'a pas réalisé son but qui est de renforcer l'autorité gouvernementale. Il est exact que le succès n'est pas évident sur le cas particulier : le pouvoir réglementaire autonome est loin d'être celle des prérogatives du Gouvernement qui a le plus contribué à son renforcement, c'est, en réalité, par d'autres moyens que le Gouvernement a assuré sa suprématie : les dispositions constitutionnelles qui lui permettent de diriger le travail parlementaire et la conjoncture politique ont été beaucoup plus efficaces à cet égard. Elles autorisent le Gouvernement à contrôler très étroitement l'exercice du pouvoir législatif. Il ne cherche donc plus à tenir à l'écart le Parlement puisque, par son influence sur la formation de la loi, il retrouve indirectement sa liberté d'action dans le domaine réglementaire. Il l'utilise pour aménager la délimitation des compétences conformément aux besoins pratiques, éventuellement en écartant le système de 1958 grâce à la « soupape de sûreté » offerte par l'article 41.

Ces deux correctifs — suprématie juridique de la loi sur le règlement et suprématie politique du Gouvernement sur le Parlement — tendent à rétablir l'unité du pouvoir de décision en maintenant une hiérarchie entre les organes et les actes. C'est qu'en effet, la difficulté fondamentale du système de 1958, réside dans la séparation des pouvoirs qu'il veut réaliser. Ce principe, au moins sous sa forme extrême d'organes disposant de compétences autonomes, chacun dans sa sphère propre, est à peu près universellement abandonné. Quelles que soient les dispositions constitutionnelles, tous les régimes politiques contemporains tendent à réaliser une certaine concentration des pouvoirs. En particulier la loi est de plus en plus considérée comme un instrument de Gouvernement. La Constitution de 1958 consacre cette tendance sur à peu près tous les points. Les dispositions relatives à la séparation des domaines législatif et réglementaire vont donc à contre-courant non seulement d'une tendance contemporaine, mais aussi des textes et de la pratique constitutionnelle de la V^e République. Le caractère brutal et inadapté de cette séparation explique ses difficultés d'application et les entorses fréquentes qui y sont faites.

CONCLUSION DU TITRE I

LES RELATIONS ENTRE LES DEUX POUVOIRS RÉGLEMENTAIRES CONSTITUTIONNELS

La coexistence de deux compétences distinctes mais conférées aux mêmes autorités pose *ipso facto*, un certain nombre de problèmes. Le pouvoir d'exécution des lois a été bouleversé par la constitution de 1958 mais il a conservé toute sa vitalité et rien ne permet de penser que son rôle soit décroissant car il correspond à des besoins spécifiques. Le pouvoir réglementaire autonome ne joue pas le rôle fondamental que lui ont attribué trop hâtivement certains commentateurs mais il semble destiné à demeurer une pièce importante de l'aménagement constitutionnel des pouvoirs : le déclin de la loi semble en effet irréversible et l'article 37 offre au gouvernement un instrument trop précieux pour être abandonné.

A moins d'un bouleversement complet des institutions politiques françaises, la dualité actuelle devrait persister dans un avenir prévisible.

Mais quelques années de pratique ont suffi pour montrer le caractère dangereusement et inutilement complexe des règles qui gouvernent actuellement la répartition des compétences entre loi, règlement autonome et règlement complémentaire.

La situation politique de la France a conduit à l'adoption de règles trop brutales. M. Hamon (1) a sans doute raison lorsqu'il trouve une excuse dans le fait qu'aucune autre solution n'était praticable : « Le constituant a entrepris d'imposer par un mécanisme juridique très lourd ce que la sagesse du souverain parlementaire n'avait pas suffi à lui faire respecter » et ce qui dans d'autres pays est assuré par d'autres moyens comme la discipline de parti.

La rançon de cette lourdeur et de cette brutalité est l'impossi-

(1) *Les domaines de la loi et au règlement à la recherche d'une frontière* D. 1960, chr. 253.

bilité très fréquente d'appliquer les règles constitutionnelles. Ces dernières prévoient d'ailleurs elles-mêmes cet échappatoire (article 41 par exemple). Il en résulte que ce ne sont pas seulement les frontières entre loi et règlement qui sont indécises mais également celles qui divisent les deux catégories de règlements : l'application stricte de la constitution conduit à la promotion du règlement autonome aux dépens de la loi et du règlement d'application. L'assouplissement imposé par les faits aboutit à une intervention accrue de la loi mais, plus encore, du décret d'exécution (cf. le chapitre sur l'exécution des lois : habilitations conférées au règlement dans le domaine législatif ; subordination à la loi de règlements intervenant dans le domaine réglementaire...).

La frontière entre les deux catégories de règlements est difficile à tracer dans l'hypothèse d'une application rigoureuse de la constitution. Elle est, de plus, rendue fluctuante par les variations de la pratique qui se soucie davantage d'opportunité que de légalité.

La symbiose qui s'établit naturellement ne peut être ignorée par la jurisprudence sans provoquer de graves difficultés contentieuses : la loi est en effet protégée contre le contrôle judiciaire mais non les règlements. Le désir d'effectuer une délimitation trop nette peut à la limite paralyser l'exercice du pouvoir réglementaire.

Le problème s'est posé très tôt à propos des modalités d'applications de la réforme judiciaire que réalisait l'ordonnance du 22 décembre 1958. Il est tranché par l'arrêt du 27 janvier 1961 Daunizeau (A.J.D.A. 1961 II 75 et 107). Le Conseil d'Etat précise tout d'abord qu'en présence d'une habilitation expresse accordée par la loi, il ne cherchera pas à contrôler la constitutionnalité des décrets d'application ; car une loi même inconstitutionnelle s'impose au juge. Cette attitude apporte un premier assouplissement qui a déjà été longuement commenté dans les chapitres précédents.

Le considérant suivant est tout aussi remarquable : il vise les mesures prises en vertu d'un renvoi général à un décret d'exécution : ces dispositions « en admettant même qu'elles ne constituent pas toutes les modalités d'application de l'ordonnance... ont pu légalement être prises par le gouvernement en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 37 de la constitution ».

Deux solutions se présentaient au Conseil d'Etat : il aurait pu suivre le commissaire du gouvernement Kahn et apprécier la légalité du règlement d'application par rapport aux dispositions des articles 34 et 37, il se serait alors fourvoyé dans une impasse si l'on admet que les mesures d'exécution sont le développement des règles législatives dans le domaine législatif. Il aurait pu également juger la validité du décret en fonction de sa jurisprudence traditionnelle : il aurait dû alors exclure du

décret les mesures prises à titre autonome par application de l'article 37. Cette dernière solution était à même de maintenir la distinction des deux pouvoirs réglementaires.

Le Conseil d'Etat a préféré combiner les deux solutions : la jurisprudence sur l'exécution des lois est maintenue à titre principal, mais à titre subsidiaire un règlement d'application peut contenir des dispositions prises en vertu du pouvoir réglementaire autonome. Les deux pouvoirs se trouvent inextricablement liés au sein d'un même acte juridique. (CE 29 janvier 1965 : Association républicaine des anciens combattants et victimes de guerre et sieur Lesage. L. 58. Concl. Dutheil de La mothe. A.J.D.A. 1965.269).

Il s'agit là d'une vue réaliste de la situation : devant les difficultés d'une délimitation stricte, le Conseil d'Etat préfère pratiquer une substitution de base légale plutôt qu'annuler ou dissocier des dispositions intimement unies. Il marque ainsi fortement l'unité fondamentale des pouvoirs réglementaires que la constitution confère au gouvernement. Il justifie dans un domaine nouveau l'observation si profonde de Carré de Malberg selon laquelle une séparation des pouvoirs ne peut se maintenir si elle ne comporte pas simultanément une hiérarchisation.

Probablement nécessaire sur le plan pratique, cette jurisprudence a des inconvénients théoriques : elle bouleverse la nature et le régime des deux pouvoirs : le pouvoir d'exécution des lois pourra contenir des règles normatives prises dans les limites de l'article 37 ; il aura donc une autonomie accrue par rapport à la loi dont il procède. En sens inverse son extension au domaine de l'article 37 aboutit à subordonner à la loi des dispositions qui aux termes de la constitution doivent rester autonomes. L'interpénétration des deux pouvoirs détruit l'originalité de chacun. Elle masque mais aussi aggrave la crise de structure de l'ordre juridique.

TITRE II

LES POUVOIRS REGLEMENTAIRES
FONDES SUR UNE LOI OU UN REGLEMENT

La constitution est la norme suprême qui régit tout l'ordre juridique. En ce sens, il n'est aucune prérogative de l'autorité publique qui n'émane d'elle. Un pouvoir qui ne pourrait se rattacher à aucun fondement constitutionnel ne saurait exister en droit français.

Mais le texte constitutionnel ne peut entrer lui-même dans le détail de l'aménagement des compétences. La diffusion du pouvoir réglementaire au sein de l'organisation administrative n'est qu'indirectement l'œuvre de la constitution : cette dernière habilite les pouvoirs publics, le législateur et le gouvernement à édicter des règles positives en ce sens.

Il existe donc un second titre de compétence qui se différencie du premier en ce qu'il émane d'autorités constituées et non du pouvoir constituant lui-même.

Le législateur et le gouvernement doivent, dans l'exercice de cette fonction, respecter la constitution. Ils doivent en particulier ne pas méconnaître l'étendue des compétences qui leur sont expressément dévolues. Il en résulte que les pouvoirs réglementaires fondés sur un titre légal et réglementaire sont régis par le principe de spécialité ; pour ne pas dépouiller le gouvernement de sa compétence générale voulue par le constituant.

En outre, la dualité du législateur et du gouvernement pose un problème de répartition de leurs droits respectifs ; problème qui a été renouvelé par la constitution de 1958 : la loi et le décret n'entretiennent plus des relations seulement hiérarchisées mais chacun de ces actes dispose de son domaine propre.

Deux points doivent donc être examinés : l'habilitation constitutionnelle de l'autorité qui est l'auteur du titre de compétence, et l'habilitation légale ou réglementaire de l'autorité subordonnée qui est ainsi investie d'un pouvoir réglementaire.

L'étude de ces autorités dotées du pouvoir réglementaire ne peut évidemment être complète : elle aboutirait à décrire dans

le détail la presque totalité de l'organisation administrative de la France à un moment donné. Seuls les traits généraux et quelques exemples particuliers méritent d'être soulignés.

Pour des raisons de commodité, le cas des ministres est distingué de celui des autorités administratives subalternes. L'étendue de leurs fonctions et leur position intermédiaire entre l'administration proprement dite et les pouvoirs publics constitutionnels entrent en contradiction avec le refus de leur reconnaître un pouvoir réglementaire général. Il s'en suit des difficultés beaucoup plus accentuées que pour les autres autorités qui seront seulement évoquées.

Cet examen rapide suffira à montrer que le principe de spécialité est, sinon battu en brèche, du moins fortement corrigé par la reconnaissance implicite d'un certain nombre de pouvoirs réglementaires : les titres de compétence sont souvent interprétés de façon à conférer à une autorité l'ensemble des prérogatives dont elle a besoin pour remplir la fonction qui lui est assignée.

CHAPITRE I

LE TITRE DE COMPETENCE LEGAL OU REGLEMENTAIRE

La Constitution ne confie le pouvoir d'élaborer des règles de droit qu'à deux autorités : Le législateur (parlementaire ou populaire) et le Gouvernement. (Premier Ministre ou Président de la République). Ces deux compétences parallèles sont insuffisantes pour pourvoir aux besoins de l'Etat. En particulier le Gouvernement ne peut prétendre monopoliser toute l'activité réglementaire de l'Administration.

Un transfert de compétence à des autorités subalternes est indispensable pour des raisons purement techniques. Il ne fait d'ailleurs que reconnaître la réalité des faits : La tentative révolutionnaire pour faire de la loi la seule source du droit était une belle utopie et le xx^e siècle s'est caractérisé par une monstrueuse inflation du pouvoir réglementaire qui le fait échapper aux mains du chef de l'Etat.

Ce transfert de compétence peut en même temps acquérir une signification libérale lorsqu'il est associé à un mouvement de décentralisation : dans leur sphère de compétence, les autorités décentralisées ne sont autonomes que si elles peuvent prendre aussi bien des mesures réglementaires que des décisions particulières.

Les conditions dans lesquelles ce transfert de compétence peut s'opérer restent à définir. Elles sont exactement les mêmes pour le pouvoir réglementaire que pour le transfert de n'importe quelle prérogative de puissance publique. C'est souligner une nouvelle fois qu'il ne constitue pas en lui-même une prérogative distincte soumise à un régime spécial : les différentes formes du pouvoir de commandement se diffusent dans l'ensemble de l'Administration selon des modalités analogues.

La répartition effective des compétences est donc opérée par des lois et par des décrets réglementaires. Sa validité est subor-

donnée au respect par les auteurs de ces actes des règles contenues dans les dispositions constitutionnelles ou déduites de leur esprit.

Par conséquent, le premier problème est relatif à l'habilitation conférée respectivement au législateur et au Gouvernement par la Constitution.

Le second concerne la nature même de l'opération effectuée : Selon les cas il peut s'agir de la détermination de compétences propres à l'autorité subalterne ou de la délégation de compétences appartenant à une autorité supérieure.

Section I. — La loi et le décret comme titre de compétence.

Dans ce domaine comme dans les autres, les relations qui existaient traditionnellement entre la loi et le règlement ont été bouleversées par la Constitution du 4 octobre 1958. La limitation du rôle de la loi et la promotion du rôle de la loi et la promotion du pouvoir réglementaire y développent leurs conséquences.

§ 1. — La situation avant la Constitution de 1958

Les principes constitutionnels établissaient fortement la suprématie de la loi sur le règlement. La quasi-souveraineté de la loi lui conférait un pouvoir presque illimité alors que le Gouvernement était réduit à un rôle subordonné. Mais les besoins de la vie administrative ont fait reconnaître très tôt au Gouvernement un pouvoir secondaire mais autonome d'organisation des services publics.

A - LA SOUVERAINETÉ DE LA LOI

Ni la Constitution de 1875 ni celle de 1946 ne définissent formellement les prérogatives du législateur en la matière. La philosophie politique de ces régimes suffit en effet à fonder les solutions dégagées par la pratique et systématisées par la doctrine.

La loi est, pour citer à nouveau Carré de Malberg, un acte de puissance initiale et inconditionnée. De plus, son domaine matériel d'intervention est illimité. Ceci découle de ce qu'elle est l'expression de la volonté générale, comme la Constitution elle-même.

Cette souveraineté de la loi ou cette prépondérance du Parlement, selon que l'on met l'accent sur l'aspect théorique ou sur l'aspect sociologique de cette situation, explique que la loi soit la source fondamentale de l'aménagement des compétences administratives.

L'Administration ne peut opposer au législateur l'exception

de compétence réservée. Bien au contraire « la Constitution se trouve avoir accordé à l'organe législatif une sorte de pouvoir constituant... Le Parlement devient ainsi le régulateur des compétences matérielles de l'autorité administrative » (1).

En statuant, le Parlement détermine implicitement le domaine du pouvoir réglementaire d'exécution des lois, comme nous l'avons vu précédemment. Il peut aussi fonder directement des pouvoirs réglementaires spéciaux qui s'exercent alors en exécution des lois. Ces pouvoirs peuvent être conférés à des autorités autres que le Président de la République ou le Président du Conseil.

Le Parlement a largement usé de cette possibilité : Les agents secondaires de l'Etat en ont bénéficié, en particulier les ministres et les préfets qui tiennent de la loi elle-même leurs pouvoirs les plus importants : à titre anecdotique, parmi les 1.724 attributions générales des préfets et sous-préfets recensées en juin 1951, 380 étaient conférées par une loi, 69 par une ordonnance et 66 par des décrets-lois, soit 515 par des actes à valeur législative (2).

De façon plus systématique encore, la loi définit les pouvoirs des autorités décentralisées : les lois de 1871 et de 1884 sont la source fondamentale des prérogatives reconnues aux autorités départementales et communales. L'intervention du législateur correspond au souci de garantir les collectivités locales contre les empiétements abusifs des administrations centrales.

Si larges que soient ses pouvoirs, la loi est, au moins théoriquement, limitée à son tour par les dispositions constitutionnelles qui garantissent à l'Exécutif une certaine autonomie vis-à-vis du Législatif.

En vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 « la plénitude du pouvoir réglementaire se trouve chez le Président de la République et ne se trouve que chez lui... elle ne dépend pas d'une concession législative » (3). L'article 27 de la Constitution de 1958 a le même effet à l'égard du Président du Conseil. Les conséquences de ces dispositions s'analysent sous deux angles :

En premier lieu, le législateur ne peut par une mesure générale supprimer le pouvoir d'exécution des lois du Gouvernement car il s'agit d'une prérogative fondée sur la Constitution. Il se borne à en régler l'exercice dans les conditions déjà vues.

En second lieu, il ne peut conférer à d'autres autorités que des pouvoirs spéciaux. Cette limite est particulièrement forte en matière de pouvoir réglementaire : « ... la loi, en accordant à des agents secondaires le pouvoir réglementaire, déroge à la règle qui le confie au chef de l'Etat. La dérogation doit donc être

(1) CARRÉ DE MALBERG, *Théorie Générale...* I, p. 599.

(2) BONNAUD-DELANLÈRE, *Les Attributions juridiques des préfets et sous-préfets*, p. 17.

(3) MOREAU, *op. cit.*, p. 125.

interprétée restrictivement et chef de l'Etat garde tout ce que la loi n'a pas positivement attribué à un autre agent » (4).

Cette interprétation du rôle constitutionnel de la loi se trouve poussée à l'extrême dans la jurisprudence bien connue de l'arrêt Labonne : la loi de 1884 qui confie le pouvoir de police générale au maire et au préfet ne fait pas obstacle à la compétence réglementaire du Gouvernement qui s'exerce en dehors de toute habilitation législative en vertu de sa mission constitutionnelle.

En règle générale, les compétences sont exclusives l'une de l'autre. Mais si étendues et nombreuses que soient celles dont le fondement est législatif, elles ne sont jamais que des exceptions à la compétence de principe dont la Constitution investit le Gouvernement.

Au surplus, le législateur n'a pu, ni d'ailleurs voulu, résoudre seul tous les problèmes d'aménagement des compétences. Il a toujours entendu laisser à l'Administration une certaine faculté d'auto-organisation : il laisse donc subsister au profit du Gouvernement un pouvoir subordonné mais analogue au sien.

B - L'AUTONOMIE DU DÉCRET RÉGLEMENTAIRE

La monarchie limitée reconnaissait sans peine au souverain le droit de répartir les attributions des agents administratifs. La solution est transposée dans le cadre républicain classique bien que le chef de l'Etat se voit contester la qualité de représentant de la nation. Ce droit correspond en effet à un besoin profond de l'administration.

Il est définitivement consacré par l'arrêt du 2 décembre 1892 Mogambury (Lebon. 838. Sirey 1894. 3°. 97 conclusions Romieu note Hauriou). L'arrêt se borne à reconnaître implicitement le droit pour le président de la République de déléguer certaines de ses compétences à un secrétaire d'Etat ou de permettre à un ministre de le faire.

Selon Romieu « le droit de délégation n'est autre chose que le droit de conférer certaines attributions à un fonctionnaire autre que celui qui en est le titulaire, ce dernier conservant le contrôle supérieur et la responsabilité des actes de son délégué : cela revient donc à une modification dans la répartition des fonctions publiques... Or le droit de répartir les attributions des agents administratifs nous paraît être de l'essence du pouvoir du chef de l'Etat, sauf en ce qui concerne ses attributions propres, fixées par la constitution ou la loi, et dont il n'a pas le droit de se décharger de sa propre autorité ».

Hauriou approuve cette façon de voir « parce que le chef de l'Etat doit être considéré en principe comme ayant le droit de déléguer la puissance publique exécutive toutes les fois qu'un

(4) MOREAU, *op. cit.*, p. 125.

texte de loi ne vient pas empêcher cette délégation ; il y a là une sorte de pouvoir élastique nécessaire à la marche du gouvernement ».

Comme le suggère le commentateur, ce pouvoir se fonde essentiellement sur des motifs d'efficacité administrative. Le chef de l'Etat (ou du gouvernement) ne peut exercer seul toutes ses prérogatives mais il doit conserver la liberté de choisir ses collaborateurs et de déterminer leurs fonctions parce qu'il est le mieux placé pour le faire (la loi risque d'être inadaptée et rigide) et parce qu'il a la responsabilité de diriger le gouvernement (le pouvoir est la contrepartie de la responsabilité).

La jurisprudence Mogambury reconnaît que le pouvoir d'auto-organisation de l'administration est inhérent à la nature des choses, la loi ne pouvant ni ne devant tout prévoir. Dans la mesure où l'administration constitue une institution, elle s'organise selon les règles élaborées par son autorité supérieure, c'est-à-dire le gouvernement.

Mais ce pouvoir est limité de l'extérieur : il est subordonné aux règles constitutionnelles et législatives. Il n'a pas à se fonder sur elles : en ce sens, il ne peut se rattacher à l'exécution d'une loi déterminée *stricto sensu* mais constitue un pouvoir réglementaire autonome qui découle de la mission générale du gouvernement d'assurer le bon fonctionnement des services publics.

Autonome mais inférieur, il ne peut aller *contra legem*. Tout d'abord le gouvernement ne pourrait se décharger par une mesure générale de sa mission constitutionnelle d'exécution des lois. Ensuite et surtout : il ne peut aller à l'encontre des déterminations légales de compétence.

La « subdélégation » est en effet impossible : les règles de compétence sont d'ordre public et toute autorité doit remplir personnellement les fonctions qui lui sont assignées. Le gouvernement doit donc respecter tous les textes qui confèrent une compétence spéciale, soit à lui-même (loi renvoyant à un décret d'application), soit à une autre autorité (loi conférant au conseil municipal le droit de régler par ses délibérations les affaires de la commune). Le renvoi à une autre autorité ne peut concerner que les modalités d'application. Seules les matières qui appartiennent au pouvoir exécutif sans avoir fait l'objet d'une détermination précise de compétence peuvent être l'objet de délégations.

Ce droit d'aménager les compétences au sein de l'administration n'appartient qu'au chef de l'Etat ou au chef du gouvernement. En particulier les délégations de pouvoir entre une autorité administrative quelconque et ses subordonnés doivent se fonder sur une loi ou un décret réglementaire qui en détermine les modalités. Elles ne peuvent en aucun cas être instituées par d'autres textes, même s'ils émanent de l'autorité délégante.

La loi et le décret ont donc une place privilégiée dans la hié-

rarchie des actes juridiques. Le monopole qui leur est traditionnellement réservé comme titre général de compétence d'une autorité administrative est conservé dans la constitution du 4 octobre 1958 mais leurs rapports respectifs sont sensiblement modifiés.

§ 2. — *Le problème dans la constitution de 1958.*

La constitution de la V^e République modifie l'équilibre général des pouvoirs publics et la définition même de leurs fonctions. Ces changements se font également sentir sur le problème particulier des sources textuelles de l'aménagement des compétences administratives : le déclin de la loi se manifeste parallèlement à la promotion du règlement d'origine gouvernementale.

A. - LE DÉCLIN DE LA LOI.

Les articles 34 et autres de la constitution assignent désormais au pouvoir législatif un domaine dont il n'a pas le droit de s'évader. Toute intervention législative doit se fonder sur une habilitation constitutionnelle. Or aucune disposition n'établit un droit général pour le législateur de régler les compétences de l'administration. Toutes les pratiques antérieures à 1958 sont donc rendues caduques par ce silence.

La solution ne fait aucun doute car le silence semble délibéré et non résulter d'un oubli. Le souci de libérer l'administration et le gouvernement des entraves que faisaient peser sur eux le contrôle parlementaire et l'activité législative anime toute l'œuvre constitutionnelle de 1958.

La loi n'est pas pour autant entièrement exclue de cette matière : à défaut d'une habilitation générale, il peut exister des habilitations particulières.

La constitution maintient l'existence d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Il a été noté qu'en ce domaine, les solutions traditionnelles sont maintenues dans tous ce qu'elles n'ont pas de contraire aux règles nouvelles. Parmi ces règles héritées des républiques passées, figure celle qui permet à la loi de préciser les modalités de son application et notamment de renvoyer à une autorité autre que celle désignée par l'article 21, en pratique de renvoyer à un ou plusieurs ministres.

A côté de cette hypothèse qui fait un peu figure de survivance historique, la constitution n'établit qu'une seule habilitation expresse : l'alinéa de l'article 34 selon lequel « la loi détermine les principes fondamentaux... de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ».

Il ne s'ensuit pas qu'aucune autre intervention législative n'est possible. Certaines dispositions la prévoient implicitement mais

nécessairement. L'organisation des services publics n'est pas une matière en tant que telle mais peut faire partie d'une matière législative.

Par exemple « la création de catégories d'établissements publics » inclut la définition de certains principes fondamentaux d'organisation et de fonctionnement. Les compétences de leurs autorités dirigeantes peuvent donc être régies par la loi. De même les principes fondamentaux de l'organisation générale de la Défense Nationale, de l'enseignement, du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale peuvent s'étendre à l'aménagement des compétences.

La pratique est dans ce sens : à titre d'exemple, les attributions du Conseil Supérieur de l'Education Nationale ont été fixées par la loi (loi du 26 décembre 1964) et le Conseil Constitutionnel a jugé que la mission d'action sanitaire et sociale des caisses de sécurité sociale constitue un principe fondamental (décision du 20 décembre 1950 L. 32. J.O. 31.12.1960).

La liste n'est pas limitative car seule l'analyse de cas précis permet de dégager les virtualités contenues dans les textes constitutionnels : le Conseil Constitutionnel ne s'est-il pas fondé sur les garanties fondamentales des libertés publiques pour donner un caractère législatif aux mesures d'organisation de l'O.R.T.F. ! Malgré tout, la compétence du législateur semble destinée à rester exceptionnelle, limitée qu'elle est à la fois dans son domaine et dans sa portée.

De façon très schématique, la plupart des hypothèses de compétence législative se rassemblent autour de l'idée de garantie : garantie des libertés publiques des citoyens, garantie de l'autonomie de certaines collectivités publiques, particulièrement des collectivités locales... L'organisation des services d'Etat proprement dits n'y figure pas. Le législateur n'est plus « le régulateur des compétences matérielles de l'exécutif », il devient plutôt le garant d'un ordre libéral et pluraliste dans les domaines où le pouvoir doit être limité.

En second lieu le rôle du législateur semble devoir se borner dans la majeure partie des cas à déterminer des principes fondamentaux que le pouvoir réglementaire autonome est chargé de mettre en œuvre. Même si l'interprétation est relativement libérale il n'en reste pas moins que la loi s'efface devant le règlement.

B. - LA PROMOTION DU DÉCRET RÉGLEMENTAIRE.

La constitution de 1958 a fait du pouvoir réglementaire le pouvoir normatif du droit commun. Ce principe constitutionnel trouve évidemment à s'appliquer en matière d'aménagement des compétences.

La constitution contient une disposition précise à ce sujet.

L'article 21 prévoit entre autres, que le Premier Ministre peut déléguer certaines de ses compétences aux ministres. Il donne valeur constitutionnelle sur un point particulier à la jurisprudence Mogambury. Le Premier Ministre peut confier aux ministres une partie de son pouvoir réglementaire autonome de l'article 37. Il peut aussi leur conférer une partie de son pouvoir d'exécution des lois sous réserve qu'il n'effectue pas une sub-délégation illégale.

Mais l'article 21 n'a pas la prétention de régler à lui seul tout le problème. Il doit être pris comme l'illustration d'une prérogative plus générale.

Les besoins auxquels répondait la jurisprudence Mogambury sont plus actuels que jamais. L'accroissement des activités de la puissance publique rend encore plus indispensable la déconcentration du pouvoir de décision. Or l'extension du pouvoir réglementaire réalisé par la constitution ne bénéficie directement qu'au Premier Ministre et au Président de la République à l'exclusion des autorités administratives inférieures.

Mais il serait difficile d'imaginer que l'intégralité du pouvoir réglementaire fasse l'objet d'une attribution propre du gouvernement dont celui-ci ne puisse absolument pas se décharger. L'article 21 en prévoyant la possibilité d'une délégation est l'indice que le gouvernement conserve le droit de répartir les attributions administratives.

Le fondement de cette solution est changé. Avant 1958 il s'agissait d'un pouvoir inhérent aux fonctions de chef de l'Exécutif et dégagé sans texte par la jurisprudence.

Désormais, la compétence du gouvernement se fonde sur l'article 37 de la constitution. L'aménagement des compétences administratives manifeste l'exercice du pouvoir réglementaire autonome. Il est conforme au droit s'il n'intervient pas dans une matière réservée à la loi par la constitution.

La réforme des services extérieurs de l'Etat, dans les départements et les régions a comporté une nouvelle répartition des compétences entre les autorités administratives de l'Etat. Elle s'est opérée sur la base de l'article 37.

Le gouvernement devient, en vertu même de la constitution, l'autorité de droit commun en la matière. C'est un renversement complet du principe antérieur à 1958. Même dans les matières où la loi détermine des principes fondamentaux, le gouvernement édicte des règlements autonomes. En fait, l'organisation des services publics semble être un des domaines d'élection du pouvoir réglementaire : l'administration a conquis son autonomie.

L'équilibre respectif de la loi et du règlement a été considérablement modifié par la constitution de 1958. La dualité de fondement subsiste. Mais beaucoup de lois qui attribuaient un pouvoir réglementaire à une autorité administrative inférieure

ne font plus que se survivre : leurs dispositions demeurent en vigueur mais elles peuvent être modifiées par décret, elles sont « mortes en tant que lois ».

L'évolution semble inévitable. Certains de ses inconvénients peuvent cependant être limités par le monopole maintenu au profit du décret parmi les actes administratifs. L'emploi du décret réserve certaines garanties de stabilité, de solennité et même de publicité des décisions prises.

En tout état de cause, le principe de spécialité demeure inchangé. Seul le gouvernement est investi de la totalité du pouvoir réglementaire. Les autorités administratives inférieures ne peuvent bénéficier que d'attributions particulières. Ni la loi ni le décret ne sont en droit d'en décider autrement, quel que soit le mode de transfert de compétence qu'ils adoptent.

Section II. — Les modalités de l'aménagement des compétences

Le droit français utilise souvent le terme générique de délégation de compétence pour qualifier des opérations dont la portée juridique est en réalité très diverse.

1°) Selon M. Groshens, il faut distinguer au moins trois sens différents. Dans le premier sens « l'organe détenteur — ou dépositaire — de tous les pouvoirs donne à un autre organe le pouvoir de faire certains actes à l'exercice desquels il renonce par un règlement général de caractère permanent : il s'agit alors à proprement parler d'une investiture pure et simple de compétence, de l'attribution de pouvoirs propres ».

Dans le second sens « l'organe titulaire d'une compétence prend l'initiative de décider qu'un autre organe disposera pour un certain temps de cette compétence sans que soit pour autant régulièrement abrogée la règle initiale ». Il y a alors dérogation à l'ordre normal des compétences.

Enfin, la délégation peut se limiter au « pouvoir de confectionner le document qui officialise une décision ». Elle n'est que l'attribution d'une compétence liée. Cette hypothèse est extrêmement pratique mais elle ne semble guère pouvoir concerner l'exercice du pouvoir réglementaire. Elle n'acquiert une signification juridique qu'en se rapprochant de la deuxième hypothèse.

L'aménagement juridique des compétences se réalise donc essentiellement selon deux procédés différents : l'attribution de pouvoirs propres et la délégation de compétence proprement dite.

En réalité, l'unité se réalise au sommet dans la mesure où ces procédés sont mis en œuvre par l'autorité gouvernementale : en conférant certains pouvoirs à une autorité administrative inférieure, elle lui attribue des pouvoirs propres à l'exercice desquels elle renonce (les attributions qu'un préfet tient d'un décret lui sont bien propres).

Mais en même temps, la règle initiale n'est pas abrogée puisqu'il s'agit de la constitution elle-même et de l'investiture générale qu'elle accorde au gouvernement. Il y a dérogation à l'ordre normal des compétences, sur laquelle le gouvernement peut toujours revenir en prenant un nouveau décret modifiant la répartition antérieure.

La distinction n'a pas de sens pour le Premier Ministre ou le Président de la République parce qu'ils sont tenus d'exercer personnellement leurs attributions propres sans les subdéléguer et parce qu'ils sont chargés de répartir les attributions générales de l'administration.

Elle vaut seulement pour les autorités administratives inférieures qui reçoivent de la loi ou du décret des attributions propres ainsi que le droit d'en déléguer tout ou partie à d'autres autorités et qui sont donc liées par des règles supérieures.

Même à ce niveau, elle n'a pas toute l'importance que l'on pourrait croire. Elle laisse supposer qu'il existe d'une part un ordre rigoureux des compétences et d'autre part un certain nombre de dérogations exceptionnelles. En réalité « la prolifération de l'activité administrative a entraîné avec elle un développement de la pratique des délégations » (5). Les deux procédés sont inextricablement liés dans la plupart des cas (il suffit d'évoquer à cet égard l'exemple du préfet).

La différence fondamentale est que la délégation peut être révoquée parce que la règle initiale de compétence n'est pas abrogée. En pratique, la révocation ou la substitution ne sont pas sensiblement plus fréquentes que le retrait d'une investiture pure et simple. La plupart des délégations ont un caractère général et permanent et les deux procédés répondent aux mêmes besoins.

L'opposition entre eux est rendue encore plus artificielle par le manque d'unité qui caractérise actuellement la notion de délégation.

2°) Toujours selon M. Groshens la doctrine a élaboré une présentation de la jurisprudence qui a rompu l'unité de la notion. Elle distingue nettement la délégation de signature de la délégation de pouvoirs.

La distinction entraîne une différence de régime juridique. Celle-ci est permanente, celle-là est personnelle. Celle-ci entraîne un changement de qualification de la décision car le délégataire exerce ses fonctions en vertu de ses pouvoirs propres ; le transfert de compétence est total sauf abrogation de la délégation. Celle-là est faite *intuitu personae*, elle est caduque au cas où l'un des intéressés perd ses fonctions, elle réserve le droit du délégataire d'évoquer telle question qu'il lui plaît car il n'est pas dessaisi,

(5) Chronique FOURNIER et BRAIBANT, A.J.D.A. 1957.II.391.

formellement la décision du délégué émane du délégataire sans modification de nature juridique.

La doctrine a cherché à systématiser l'usage fait de ces deux formes de délégation. Elle a proposé une distinction selon leur fonction juridique. Pour le commissaire du Gouvernement Méric la délégation de signature doit correspondre à une modalité de l'organisation interne d'un service et la délégation de pouvoir « vise à un aménagement des compétences entre les différentes autorités administratives ». (Conclusions sous CE 28 juin 1957. Sieur X. RDP 1957.1072).

Cette présentation est peut-être un peu trop systématique. Il subsiste un certain nombre de règles communes (conformité à l'acte qui autorise la délégation, dualité de compétences). Le caractère de la délégation ne peut toujours être déterminé en fonction de l'autorité à laquelle elle est consentie. Il ne peut s'agir que d'une présomption. L'essentiel est l'intention de l'autorité qui fixe les conditions de la délégation.

Sur ce point, l'effort doctrinal a clarifié les problèmes. « Le cloaque des délégations de signature » dénoncé par M. Lietvaux en 1949, n'a pas entièrement disparu (6) et « la simplification des règles de signature des ministres » reste toujours une « réforme souhaitable » selon M. Puisoye (7).

Mais il semble que l'Administration ait repris la présentation doctrinale et l'utilise de façon systématique. La réforme des pouvoirs des préfets consacre dans les textes la distinction de la délégation de pouvoir et la délégation de signature et en fait l'instrument d'une profonde réorganisation des services extérieurs de l'Etat. Il reste à procéder à une remise en ordre analogue pour les Administrations centrales. La distinction est donc assez fondée. Elle a des répercussions profondes sur l'aménagement des compétences.

La délégation de signature ne modifie pas la hiérarchie normale des actes juridiques car le délégataire agit au nom du délégant à qui l'acte reste imputable : Les directeurs départementaux prennent ainsi des arrêtés préfectoraux. L'ordre juridique n'est pas affecté car il n'y a pas création de nouvelles autorités administratives.

La délégation de pouvoirs, au contraire, réalise un véritable transfert d'attributions au profit du délégataire. Ce dernier se substitue au délégant avec les pouvoirs qui découlent de son rang dans la hiérarchie administrative au lieu de le représenter. L'analogie avec l'attribution de pouvoirs propres est flagrante, ce qui explique le lien déjà observé entre les deux procédés.

Eux seuls affectent la nature juridique des actes édictés. Dès lors, eux seuls seront pris en considération, pour apprécier la

(6) R.A. 1949.58.

(7) R.A. 1962.373.

diffusion, sur un fondement législatif ou décréteil, du pouvoir réglementaire parmi les autorités administratives inférieures (8).

CONCLUSION

Au terme de cette rapide évocation des autorités habilitées à répartir les compétences administratives et des procédés qu'elles utilisent, il reste à en mesurer l'incidence sur le pouvoir réglementaire proprement dit.

L'impression demeure qu'aucune solution générale ne se dégage. Le Gouvernement reste la seule autorité investie de plein droit de la plénitude du pouvoir exécutif, en vertu de la Constitution. Les habilitations légales ou réglementaires dont bénéficient les autorités inférieures ne sont que des exceptions au principe. Bien plus, elles ne constituent que la juxtaposition de solutions particulières que n'anime aucune idée d'ensemble.

Cette constatation est encore plus vraie en ce qui concerne le pouvoir réglementaire. La vieille tradition selon laquelle le règlement participe du caractère de la loi en ce qu'il crée du droit alors que la décision individuelle est moins importante et se rapproche de l'acte matériel survit de façon diffuse. Elle explique la tendance à réserver l'édiction du premier aux pouvoirs publics constitutionnels alors que la seconde peut émaner d'un simple agent administratif.

La Constitution elle-même reflète ces idées et impose une centralisation plus grande du pouvoir réglementaire. Elle décide expressément que le pouvoir réglementaire est exercé par le Premier Ministre ou le Président de la République alors que les autres attributions administratives sont dévolues implicitement et globalement au Gouvernement et à l'Administration.

Elle introduit ainsi une dichotomie entre les différents aspects du pouvoir de décision de l'Administration en soumettant le pouvoir réglementaire à un statut spécial. Elle donne plus ou moins l'impression qu'en déléguant le droit de prendre des règlements, le Premier Ministre se dépouille d'une attribution qui lui est réservée alors qu'en conférant un autre type de compétence, il joue son rôle normal de direction de l'Administration.

Bien entendu, le raisonnement ne doit pas être poussé trop loin car il ne s'appuie pas sur des données juridiques très rigoureuses. Mais il rend compte d'une attitude assez générale.

(8) Comparer : une délégation de signature :

C.E., 19 novembre 1965, Syndicat des Directeurs de laboratoires de Biologie médicale, R.D.P. 1966.613.

et une délégation de pouvoirs :

C.E., 20 mai 1966, Centre national du commerce extérieur. Note Waline, R.D.P. 1966.765.

Il ne se manifeste nulle part mieux que dans le cas des ministres qui participent pourtant à la fonction gouvernementale. Le principe de la répartition des compétences au sein du Gouvernement est fondé sur la dichotomie entre actes réglementaires et actes non réglementaires.

Elle se retrouve moins dans les attributions des autres autorités administratives. Elle est, en effet, contrariée par la tendance naturelle qui pousse à unifier les différents aspects d'un pouvoir de décision et à mettre en œuvre l'ensemble des prérogatives nécessaires à l'exercice d'une fonction.

CHAPITRE II

LES POUVOIRS RÉGLEMENTAIRES DU MINISTRE

Le ministre est l'un des personnages les plus importants mais aussi les plus paradoxaux du droit public français. Sa nature est particulièrement ambiguë et son rôle comme ses prérogatives varient du tout au tout selon l'angle sous lequel on les considère.

A la charnière de l'administration et de la politique, du droit administratif et du droit constitutionnel, le ministre doit constamment opérer une synthèse entre ses deux natures. Il est au sommet de la hiérarchie administrative de l'Etat et membre du Gouvernement dirigé par le Premier Ministre : ses fonctions administratives sont limitées à l'objet assigné à son département et ses fonctions gouvernementales s'étendent à toute la politique nationale. Les aptitudes requises ne sont pas nécessairement les mêmes sur le plan politique. Sur le plan juridique, les deux branches du droit public ne coïncident pas toujours (1).

Pris individuellement, le ministre offre des contrastes frappants : il représente l'Etat dans la vie juridique mais son département ministériel n'est pas doté de la personnalité morale. Il exerce le pouvoir hiérarchique sur les fonctionnaires mais n'a de pouvoir de décision que sur la base d'un texte précis. Il est ordonnateur principal des dépenses de l'Etat mais son rôle en matière réglementaire se limite en principe au contreseing des décrets.

Selon les cas, l'Etat participe à la vie juridique par l'intermédiaire des ministres ou par celui du chef du Gouvernement et du chef de l'Etat. Mais sauf exceptions, les premiers sont associés à l'exercice de leurs attributions par les seconds.

Sur le plan administratif, le ministère reste le rouage essentiel

de l'organisation étatique. Son chef est doté de prérogatives très larges qui en font l'animateur de l'action administrative.

Dans ces conditions, le moindre paradoxe n'est pas l'étendue du pouvoir réglementaire reconnu au ministre : La tradition constitutionnelle s'oppose à ce qu'il détienne un pouvoir réglementaire général pour les affaires de son département. La multiplication des compétences qui lui sont spécialement conférées n'est pas parvenue à renverser le principe.

Le droit positif n'apporte ainsi que des palliatifs à un besoin provoqué par le développement des activités de l'Etat. Il se refuse à franchir le pas et à consacrer un bouleversement fondamental de l'équilibre des pouvoirs. Mais il ne peut empêcher la constitution d'un substitut de pouvoir réglementaire : le problème des circulaires ministérielles en est la conséquence. Les solutions qu'y apporte la jurisprudence sont dictées par des difficultés de compétence.

Le juge administratif reconnaît au ministre un pouvoir de direction de ses services par le moyen des circulaires. Il l'organise juridiquement mais, sauf exceptions, se refuse à y voir autre chose que des mesures d'ordre intérieur. Cette attitude est difficile à soutenir mais il n'est guère possible de la modifier sans reposer tout le problème de la compétence du ministre en matière réglementaire.

Section I. — Le pouvoir réglementaire reconnu au ministre par le droit positif : la compétence du ministre.

C'est au XIX^e siècle que se sont forgés les principes actuellement en vigueur. La reconnaissance progressive du pouvoir réglementaire, après la phase révolutionnaire qui vise à faire de la loi la seule source du droit, s'accompagne d'une restriction importante : le pouvoir d'exécution des lois est attribué au chef de l'Etat, les ministres n'y participent que par l'exercice du contreseing.

Cette solution a une portée avant tout politique : le chef de l'Etat est irresponsable et son rôle politique s'efface presque complètement avec l'avènement de la III^e République. Ce sont donc les ministres qui exercent effectivement le pouvoir qui lui est reconnu. Le pouvoir réglementaire est à leur disposition mais sa mise en œuvre par décret préserve la solidarité, l'unité et la responsabilité du gouvernement (2).

Aussi longtemps qu'a subsisté l'Etat libéral, cette situation a paru relativement satisfaisante, quitte à la corriger par quelques habilitations particulières lorsque la nécessité s'en faisait sentir.

(2) La nature du contreseing ministériel, règle de forme ou participation à la compétence du Premier Ministre, a déjà été étudiée dans le Titre I consacré aux règles constitutionnelles de compétence.

(1) Par exemple, le droit administratif ne connaît que les ministres et le Premier Ministre alors que le droit constitutionnel parle du Gouvernement.

Le développement des activités de l'Etat depuis la première guerre mondiale a entraîné une inflation du pouvoir réglementaire telle que le chef du Gouvernement est de plus en plus incapable de le monopoliser.

Le développement de la réglementation, la lourdeur inhérente à la procédure du décret aggravée par l'embouteillage du secrétariat général du Gouvernement, la spécialisation et la technicité accrue de beaucoup de règles, le désir d'autonomie des différents services, tous ces facteurs et d'autres encore ont contribué à multiplier les attributions des ministres en matière réglementaire. Mais jusqu'à présent le principe reste celui de l'incompétence des ministres.

§ 1. — Les compétences spécialement conférées au ministre

Aucune disposition constitutionnelle ne confère au ministre la moindre compétence en matière réglementaire. Elle ne saurait donc se fonder que sur un titre légal ou réglementaire qui en détermine l'objet ainsi que le titulaire.

La nécessité d'une délégation ne disparaît que dans deux hypothèses où le ministre se trouve investi d'un pouvoir réglementaire sans titre, mais régulier.

La première hypothèse est celle des circonstances exceptionnelles. L'extension des attributions ministérielles est légitime dans la mesure où elle se révèle nécessaire pour faire face aux circonstances. Elle peut aller jusqu'à l'édition de règlements ; ce n'est que l'application d'un principe général qui ne nous retiendra pas plus longtemps (3).

La seconde hypothèse est relative à l'organisation interne des services publics. La jurisprudence issue de l'arrêt Jamart reconnaît à tout chef de service l'ensemble des pouvoirs, même réglementaires, nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du service qu'il dirige. Le ministre en bénéficie en tant que chef de son département (4). Mais ce n'est généralement qu'un aspect secondaire de ses pouvoirs (5).

(3) Cf. C.E., 6 juin 1947, Société Provençale de Constructions Navales, S. 1947.369 (à contrario).

C.E., 10 août 1947, Laugier S. 1948.3.86. Conclusions Letourneur.

(4) Cf. *infra*, titre III de la II^e partie.

(5) Certaines administrations, comme le ministère de l'Education Nationale font une large aux pouvoirs du chef de service parce que leur objet principal est précisément le fonctionnement des services publics, des services d'enseignement en l'occurrence. Elles disposent donc en fait, d'un pouvoir réglementaire plus étendu que les administrations dont l'objet est la police d'activités privées.

A - L'OBJET DES COMPÉTENCES MINISTÉRIELLES

Ces compétences sont toujours particulières mais elles tendent à se multiplier constamment dans deux directions principales.

1°) *Habilitations législatives ou réglementaires à régler certaines matières*

Depuis longtemps, lois ou décrets ont concédé aux ministres le pouvoir de réglementer dans telle ou telle matière : On a coutume de citer à cet égard la loi de 1845 qui donne au ministre des travaux publics la police des chemins de fer.

La période contemporaine n'a fait que reprendre et amplifier une pratique ancienne. Beaucoup de polices spéciales ont été conférées aux ministres après avoir été détachées de la police générale qui reste confiée aux autorités locales : la police de la chasse et de la pêche au ministre de l'Agriculture par exemple.

La centralisation est particulièrement forte en matière économique. La réglementation économique est presque entièrement élaborée par les administrations centrales, le plus souvent par le ministère des finances. L'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix est sans doute la plus importante de toutes les habilitations actuellement en vigueur, encore que l'économie soit moins dirigée que dans l'immédiate après-guerre (6).

De façons plus générale, le caractère technique des matières réglementées explique le transfert des compétences à des administrations spécialisées : La loi déjà ancienne du 17 août 1905 sur la répression des fraudes prévoit dans son article 11, que la réglementation doit être faite par voie de R.A.P. En fait on assiste à un renvoi presque systématique à des arrêtés mis au point par les services de la santé publique ou de l'agriculture. Des difficultés naissent de ce décalage entre nécessités techniques et contraintes juridiques (7).

Le développement des attributions ministérielles s'effectue en ordre dispersé et aucune vue cohérente ne préside à l'octroi de différentes habilitations. Parmi les curiosités qu'engendre cette situation se trouve le cas du ministre de l'Intérieur, supérieur hiérarchique ou autorisé de tutelle des autorités de police générale et dépourvu de tout pouvoir réglementaire en la matière.

Chaque habilitation doit être envisagée en elle-même. Chaque compétence doit s'exercer dans les limites qui lui sont assignées. Le Conseil d'Etat réaffirme souvent ce principe (par ex. : CE 17 octobre 1962. Syndicat National des Docteurs en Chiropractique. A.J.D.A. 1963.306 : le code de la Santé Publique donne compé-

(6) Cf. J.L. MARTRES, *La police économique*, thèse Bordeaux 1964.

(7) Par exemple : C.E., 2 février 1962, LANDRY, J.C.P. 1962.12 934, A.J.D.A. 1962.499, cf. J.C. FOURGOUX, *Repression des fraudes, La réglementation par voie de circulaires*, G.P. 1963, 2^e sem. doctrine p. 43.

tence au ministre de la Santé Publique pour fixer la nomenclature des actes professionnels dont la pratique est réservée aux docteurs en médecine. L'objet même de ces arrêtés est de limiter en la matière la liberté d'activité professionnelle, ils ont de ce fait une base légale. (Adde : CE 29 octobre 1965. Bazin et Enass. R.D.P. 1966.363. CE 10 novembre 1965. Société « Office contentieux d'informations routières ». A.J.D.A. 1966.187).

Le juge administratif contrôle la conformité de la mesure à l'habilitation (CE 16 novembre 1962. Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre. A.J.D.A. 1963.166. - Un arrêté fixant les redevances de location et d'entretien des compteurs électriques sort du champ d'application de l'ordonnance de 1945 sur les prix en édictant des exemptions à caractère social au profit des économiquement faibles).

Les termes de l'habilitation sont parfois trop vagues, surtout en matière économique pour que ce contrôle juridictionnel puisse être rigoureux. (CE 12 février 1960. SICA et Chambre Syndicale. AJDA 1960.79. CE 13 janvier 1961. Syndicat des industriels beurriers. AJDA 1961.93. La création d'un circuit-témoin de distribution de produits alimentaires et l'institution d'une redevance de compensation sont des « mesures accessoires aux décisions relatives aux prix » visée par l'ordonnance de 1945).

2°) Exécution des lois et décrets

Le même mouvement de transfert du décret à l'arrêté se manifeste dans l'édition des mesures d'application d'une norme supérieure et pour les mêmes raisons (8).

Malgré des opinions en sens contraire (9), les ministres ne disposent pas en la matière d'un pouvoir réglementaire spontané. Un renvoi demeure nécessaire (par exemple. CE 19 avril 1961 U.N.A.P.E.L. AJDA 1961.483). Mais l'existence de ce renvoi est de plus en plus fréquente et reconnue de plus en plus facilement. Trois hypothèses à cet égard doivent être distinguées.

L'arrêté d'application d'une loi est connu de longue date. Il ne pose pas de problèmes particuliers. Sa compétence est déterminée par le texte initial et s'étend généralement à des questions trop techniques ou trop mouvantes pour être efficacement réglées par décret. Les mêmes relations s'instituent entre la loi et l'arrêté qu'entre la loi et le décret, à ceci près que l'intervention du ministre doit être expressément prévue par la loi (10).

La seconde hypothèse est celle de l'arrêté complémentaire d'un

(8) Exécution doit s'entendre ici au sens restreint : l'acte supérieur a édicté une règle de fond sur la matière à régler et non pas seulement une règle de compétence. Mais en l'occurrence la distinction n'est faite que pour les commodités de la présentation et n'a pas de conséquences importantes.

(9) Cf. DE LAUBADERE, *Traité*, p. 82.

(10) Cf. *supra*, II^e partie, titre I, chapitre II, L'exécution des lois.

décret d'application d'une loi. Elle est plus complexe car ce sont trois actes qui se trouvent confrontés : elle pose le problème de la subdélégation.

Le principe constant est que le gouvernement ne peut se décharger de la mission que lui a confié la loi (CE 2 novembre 1962. Géraud A.J.D.A. 1963.113. La loi ayant prévu que les statuts particuliers de fonctionnaires doivent être édictés par décrets en Conseil d'Etat, le gouvernement ne peut subdéléguer ce pouvoir au profit d'un arrêté interministériel). Il découle du fait que les compétences sont d'ordre public et ne se délèguent pas.

Il est adouci en considération de nécessités pratiques : « Si le gouvernement devait prendre les mesures répondant à l'objet défini par la loi... dans la forme et dans les délais qu'elle avait prescrits, il avait la possibilité de renvoyer à des arrêtés les modalités d'application de ces mesures ». (CE 20 avril 1960. Etablissements Millet et Cie. A.J.D.A. 1960.304).

Cette notion de modalités d'application des mesures dont le principe a été adopté par décret suppose qu'elles soient définies « avec une suffisante précision » (CE 15 mars 1961. Société des établissements Omer Decugis et autres A.J.D.A. 1961.700).

Elle constitue une directive jurisprudentielle dont la portée exacte ne peut être déterminée que dans les cas d'espèce. Mais son utilisation constante a permis d'en préciser les contours (11). Elle permet de soulager la tâche du Premier Ministre.

La théorie de l'exécution d'une forme supérieure s'applique également à cette hypothèse. Elle ne connaît que les changements liés à la présence d'un acte administratif intermédiaire. La compétence de l'auteur de l'arrêté est déterminée à la fois par la loi et par le décret. En cas de conflit, la loi l'emporte. Un arrêté contraire à un décret mais conforme à la loi appliquée est légal (CE 8 juin 1962. Gibaut - A.J.D.A. 1962.523). En sens inverse un arrêté conforme à un décret mais contraire à la loi est illégal (C.E. 11 décembre 1964. Syndicat national des médecins du service de santé scolaire et universitaire. A.J.D.A. 1965.362).

La troisième hypothèse d'intervention d'un ministre est celle

(11) Renvoi légal : (autre Les deux arrêts précités) C.E., 2 juillet 1958, Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs de lait, L. 407 ; C.E., 7 janvier 1966, Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires, L. 17.

Renvoi illégal : C.E., 2 novembre 1962, Géraud précité, C.E., 12 mars 1965, Syndicat national des médecins et dentistes-conseils de la Sécurité Sociale, L. 167. C.E., 5 octobre 1966, Suzan L. 513 (renvoi au directeur général de la R.T.F.).

Arrêté d'application légal : C.E., 29 octobre 1965 Bazin et Enass R.D.P. 1966.363.

Arrêté excédant les pouvoirs qui lui sont conférés : C.E., 9 janvier 1959 Association Syndicale des biologistes A.J.D.A. 1959. C.E. 2 février 1962, Landry A.J.D.A. 1962.495. C.E., 18 juin 1965 UNCAF L. 367. C.E., 7 juillet 1965, Fédération nationale des transporteurs routiers, L. 413.

de l'arrêté d'application d'un règlement autonome. Le problème de subdélégation ne se pose plus en raison de l'absence de toutes lois. La seule différence théorique avec l'arrêté d'application d'une loi réside dans le fait que l'acte initial est un acte administratif soumis à un contrôle de légalité : l'annulation d'un arrêté même conforme à un décret peut être prononcée par voie de conséquence si le décret est illégal.

Cette troisième hypothèse est en passe de devenir la plus importante : la liaison décret-arrêté d'application tend à se substituer à la liaison loi-décret d'application, autrefois classique. Elle joue la même fonction à un degré inférieur dans la hiérarchie des actes juridiques. Le décret tend en effet à remplacer la loi comme source initiale du droit. Mais il a les mêmes besoins de règles de développement.

C'est pourquoi les clauses de style qui figurent dans tous les décrets pour charger les ministres compétents de veiller à leur application commencent à être interprétés de façon extensive : certains souhaitent y trouver la base légale du pouvoir réglementaire des ministres alors que traditionnellement elle ne vise que les mesures particulières ou matérielles. Mais la jurisprudence s'oppose fermement à cette tendance et continue à exiger un renvoi exprès. Elle facilite ainsi une détermination précise non seulement de l'objet du pouvoir réglementaire mais aussi de l'autorité qui en est titulaire.

B. - LE TITULAIRE DES COMPÉTENCES MINISTÉRIELLES.

Une disposition expresse est en effet plus favorable qu'une décision implicite à la mise en œuvre du principe selon lequel « la règle de compétence détermine l'autorité compétente soit en désignant cette autorité soit parfois en indiquant de quelle manière cette autorité sera déterminée dans chaque cas » (12).

L'hésitation sur le ministre est rare soit qu'il soit désigné clairement par l'acte supérieur soit qu'il puisse aisément être identifié de façon indirecte (13). (C.E. 18 juin 1965. U.N.C.A.F. L. 367. Renvoi « aux ministres intéressés »).

La difficulté se trouve ailleurs : elle réside plutôt dans l'éparpillement des compétences, l'absence de coordination dans l'action gouvernementale qui résulte de la diffusion des pouvoirs réglementaires morcelés entre une vingtaine de titulaires différents et égaux.

Un remède empirique est né avec la formule des arrêtés in-

(12) Auby et Drago : *op. cit.* II, p. 540, n° 1058.

(13) Cf. toutefois, dans l'hypothèse voisine du contreseing du ministre de la santé : ce contreseing est requis pour les mesures ayant pour objet de « concourir à l'adoption d'une politique du logement familial ». Est-ce le cas pour un décret sur la comptabilité des offices d'H.L.M. ? C.E., 20 mars 1964, Sieur Datiche et autres L. 192.

terministériels qui en faisant collaborer plusieurs ministres à l'édition d'un même acte vise à remplir la fonction que le décret ne parvient plus à monopoliser.

C'est une formule élégante pour pallier les inconvénients d'une spécialisation trop grande des départements ministériels lorsqu'une mesure touche aux compétences de deux ou plusieurs d'entre eux. Un bon exemple est fourni par le décret du 5 septembre 1953 qui renvoie à un arrêté interministériel le soin de fixer les modalités de la participation financière de l'Etat au ramassage scolaire : une telle mesure exige évidemment une conciliation entre les points de vue et les intérêts défendus par les trois administrations de l'éducation nationale, des finances et des transports. C'est à juste titre que le Conseil d'Etat a annulé pour incompétence une circulaire ministérielle émanant de la première d'entre elles (CE 19 avril 1961. UNAPEL, AJDA 1961.483. Comparer C.E. 7 juillet 1965. Fédération nationale des transporteurs routiers. L. 413).

L'arrêté interministériel peut ainsi imposer une collaboration entre des services cloisonnés et trop souvent en concurrence. Sa procédure d'édition est cependant plus simple que celle d'un décret, ce qui explique la faveur dont il jouit actuellement.

Son plus grand bénéficiaire est le ministre des finances. Il exige et obtient d'être associé à la plupart des mesures ayant des incidences financières même indirectes : contreseing des décrets et signature conjointe des arrêtés.

L'arrêté interministériel devient alors l'instrument d'une direction unique de l'activité gouvernementale. La tâche que doit remplir le chef du gouvernement est assumée en partie par le ministre des finances parce qu'il est le seul ministre dont les compétences soient générales. A tout le moins, il assure un contrôle rigoureux sur ses collègues et son optique est très différente (l'opposition entre les ministres « dépensiers » et le ministre des finances est classique) car il a seul la responsabilité d'assurer l'équilibre financier de l'Etat.

L'arrêté interministériel permet au ministre des finances d'intervenir dans les domaines les plus divers : enseignement (CE 19 avril 1961. UNAPEL - précité), sécurité sociale (CE 11 mai 1962. F.N.O.S.S. et Bazin. A.J.D.A. 1963.175), organisation professionnelle agricole (CE 1^{er} juillet 1960. Assemblée permanente des présidents de chambres d'agriculture. A.J.D.A. 1960. 330), halles et marchés (CE 15 mars 1961. Etablissements Omer Decugis. A.J.D.A. 1961.760)...

Cette polyvalence permet une certaine coordination de l'action des différents ministres. Elle pose le problème de la situation hiérarchique des arrêtés ministériels et interministériels.

La jurisprudence est constante dans le sens qu'un ministre ne peut exercer seul une compétence normalement dévolue à

plusieurs ministres (14). (C.E. 18 novembre 1964. Société industrielle et agricole de la Pointe-à-Pitre et autres. A.J.D.A. 1965. 283).

Mais les deux types d'actes ne sont pas d'une essence différente. Certains arrêts semblent admettre qu'ils sont égaux, notamment qu'un arrêté ministériel pourrait modifier certaines dispositions d'un arrêté interministériel. Il n'en va ainsi que si ce dernier est la juxtaposition quant à la forme de plusieurs compétences ministérielles. S'il y a conjonction au fond il ne peut être modifié par arrêté ministériel. Les relations entre eux ne résultant pas d'une hiérarchie mais du respect des titres de compétences (15).

Le recours à l'arrêté ministériel ou interministériel offre au gouvernement un moyen très souple de faire face à ses tâches en matière réglementaire. Mais c'est précisément pour sauvegarder cette souplesse qu'aucune compétence générale n'a jamais été reconnue au ministre.

§ 2. — *Le refus de reconnaître au ministre un pouvoir réglementaire général.*

La multiplication des exceptions n'entraîne pas le renversement du principe. Les motifs avancés par la doctrine restent en effet valables. Après quelques hésitations, la jurisprudence a réaffirmé le principe avec force. Les conséquences de cette attitude expliquent les développements récents du problème posé par le pouvoir réglementaire du ministre.

A. - LES RAISONS DOCTRINALES DU PRINCIPE DE L'INCOMPÉTENCE.

L'argumentation présentée par la doctrine classique s'oppose à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire général aux ministres. Elle s'appuie sur deux motifs, l'un proprement juridique, l'autre inspiré de considérations d'opportunité. Elle peut être analysée à travers l'ouvrage de Moreau qui la résume fidèlement (16).

« Dans le droit administratif français, les ministres n'ont pas en principe le pouvoir réglementaire. Quelques textes spéciaux leur en ont confié des parcelles, aucune loi ne les en a dotés

(14) Outre les arrêts précités, cf. C.E., 12 juillet 1944, Hallied, L. 201. C. E. 27 décembre 1946, Badoc L. 319. C.E., 14 décembre 1951, Société pour l'esthétique générale de la France L. 599. C.E., 10 juillet 1953, BERNADEAU L. 365. C.E., 23 juillet 1959, Société des produits chimiques Sovilo. L. 444...

(15) Cf. C.E., 29 mars 1957, Hurltel R.D.P. 1957.947. chr. Auby.

LACHAUME, Thèse précitée, p. 69 et sq. Le ministre de l'Agriculture peut modifier un arrêté interministériel intervenu dans un domaine réservé à sa seule compétence, car ce faisant il n'empiète pas sur les prérogatives légales d'autres ministres.

(16) MOREAU, *Le règlement administratif*, op. cit., n° 247 à 251.

en termes généraux ». La solution contraire n'aurait aucun fondement légal ou constitutionnel.

Elle serait contraire au rôle constitutionnel des ministres dont Moreau présente une vue très moderne : « Le chef de l'Etat possède encore sous le nom de pouvoir réglementaire les restes du pouvoir législatif universel exercé avant 1789 par le roi, restreint et non supprimé par le régime moderne ; attribution très large, confirmée par la tradition et qui n'a pas besoin d'une confirmation textuelle ; en outre il est chargé de surveiller et d'assurer l'exécution de toutes les lois, nouvelle face de son pouvoir réglementaire. Les ministres n'en sont pas là ; ils n'ont jamais eu le pouvoir législatif et pour l'exécution des lois, ils sont juridiquement les simples collaborateurs du président dont le rôle efface le leur ».

Les constitutions qui se sont succédées depuis la date où cette analyse a été formulée ne l'ont certes pas infirmée. Les ministres restent constitutionnellement des collaborateurs sans pouvoirs propres hors de la sphère administrative.

A l'argument juridique s'ajoute un argument d'opportunité : « D'ailleurs, le ministre n'a pas besoin d'attributions générales, ayant à sa disposition celles du chef de l'Etat et celles du préfet ». Le contreseing le fait participer au pouvoir réglementaire du gouvernement. Il est dans la logique du régime parlementaire que le décret soit « l'œuvre du ministre qui le contre-signe après l'avoir préparé et parce qu'il l'a préparé ».

« Si telle est l'action exercée par le ministre sur le chef de l'Etat, quelle ne sera pas son influence sur le préfet, son subordonné qui lui doit l'obéissance hiérarchique ? ». Moreau est l'un des premiers à voir que le pouvoir d'instruction donne au ministre toute la réalité du pouvoir réglementaire, grâce notamment au procédé de l'arrêté-type.

La décision admettant la validité de principe des arrêtés d'exécution « ne saurait être approuvée. Elle ne cadre pas avec l'esprit général de notre législation. Elle n'est pas justifiée par la nécessité... l'arrête complique... ». L'intervention du décret après la loi, du préfet après le président de la République se conçoit alors que « le chef de l'Etat et le ministre ont exactement les mêmes moyens et le même point de vue ».

Ces arguments demeurent toujours valables. Le déclin du régime parlementaire n'entraîne nullement un recul de l'unité du gouvernement qui s'exprime par la centralisation du pouvoir réglementaire. Le contreseing manifeste toujours la nécessité technique de la solidarité ministérielle. Le mouvement actuel de déconcentration correspond à la prise de conscience de l'utilité des points de vue différents et des facultés d'adaptation locale.

Au total, le pouvoir du ministre ferait théoriquement double

emploi. C'est la conclusion à laquelle parviennent la plupart des auteurs.

Mais Moreau ajoutait : « La pratique incline évidemment vers la solution qui vient d'être critiquée. Si elle persévère, on devra en tenir compte, car à tout prendre, elle ne trouve pas d'obstacle dans un texte impératif ». Pourtant si une pression s'est exercée pour développer les pouvoirs des ministres, elle n'a pas débouché sur la solution qu'envisageait Moreau. L'attitude de la jurisprudence l'en a empêché.

B. - L'affirmation par la jurisprudence du principe de l'incompétence.

La jurisprudence antérieure à 1936 a pu à certains égards sembler contradictoire. Si en général elle refusait au ministre tout pouvoir réglementaire non fondé sur un texte spécial, certains arrêts isolés allaient en sens inverse. Tout, ou presque, a été éclairée par l'arrêt du 7 février 1936 Jamart (L. 172) qui officialisait l'existence du pouvoir réglementaire du chef de service.

Ayant concédé cette prérogative indispensable au ministre, la jurisprudence pouvait aborder plus franchement le problème général, sans risque de retomber dans la confusion antérieure.

Aux lendemains de la première guerre mondiale, deux arrêts qui avaient semblé marquer le début d'une nouvelle orientation n'avaient pu en effet parvenir à redéfinir le problème.

L'arrêt du 24 janvier 1919, Bonnafous (L. 81) autorisait le ministre « agissant en vertu de ses pouvoirs généraux » à déterminer « par de simples décisions contenues dans ses circulaires » des mesures statutaires liées à une réforme à opérer par R.A.P.

L'arrêt du 14 novembre 1923, Stoessel (L. 724) était plus formel encore : « En l'absence de toute disposition spéciale de la loi du 30 mars 1919 précisant ses conditions d'application ou renvoyant à un R.A.P. le soin de les préciser, le ministre des finances a pu, antérieurement à la publication du décret du 20 mars 1920, fixer les conditions d'obtention des indemnités spéciales par une circulaire du 8 avril 1919, circulaire qui a été portée à la connaissance des directions de l'administration... ».

Ces deux arrêts semblent indiquer que le pouvoir réglementaire d'exécution fait partie des pouvoirs généraux des ministres. Le ministre serait fondé à édicter des mesures complétant les lois et décrets en vigueur. Mais la première d'entre elles ressemble fortement à une mesure d'organisation intérieure du service et la seconde, recevabilité du R.E.P. mise à part, se rapproche d'une instruction ministérielle indiquant à ses services l'usage à faire d'un pouvoir de décision individuelle. (Elle est suivie de la publication au J.O. de la liste des communes bénéficiaires des indemnités).

Le problème n'était pas assez bien posé pour pouvoir être

résolu à cette date, et ces deux arrêts n'ont eu aucune suite. L'octroi de pouvoirs spéciaux et du pouvoir de chef de service a suffi pendant un certain temps à éluder la question de principe.

Dans la jurisprudence qui a suivi la seconde guerre mondiale, on peut relever au moins deux arrêts faisant allusion à un pouvoir général. Dans un cas, « le ministre de l'agriculture ne s'est pas borné à donner aux préfets des instructions d'ordre intérieur mais leur a prescrit de calculer certaines modalités la redevance instituée (par la loi)... ainsi la dite circulaire a le caractère d'une décision administrative susceptible de recours » (CE 6 octobre 1944 Topin. L. 257).

Dans l'autre cas, une circulaire interprétant les dispositions d'un décret confiant un certain pouvoir discrétionnaire au ministre du travail en matière d'allocation-chômage se voit reconnaître le caractère réglementaire (CE 6 novembre 1953. Dame Boisson. DS 1954 - 113 note ML).

L'originalité des deux arrêts est d'aboutir à une annulation pour violation de la loi et non pour incompétence. Ce qui permet de considérer *a contrario* que le ministre est compétent pour édicter des mesures d'application des lois et décrets sans y avoir été expressément invité. La jurisprudence contemporaine pratique en réalité le même examen au fond. Les deux décisions sont illégales parce que le ministre ajoute des conditions non prévues par la loi, ce faisant il viole une règle de fond en même temps qu'il commet une incompétence.

Sur le plan pratique, l'interprétation de ces arrêts ne donne guère de résultats. Elle n'a aucun caractère décisif et en tout cas, elle n'a pas entraîné un renversement de jurisprudence.

Des décisions récentes ont au contraire réaffirmé de façon formelle le principe traditionnel. Il s'agit de ceux arrêts du 6 octobre 1961. Sur requête de la société Duchêne et Cie et d'autres (A.J.D.A. 1961-640) le Conseil d'Etat annule une décision du secrétaire d'Etat à l'Agriculture adoptant un plan de production du sucre, motif pris qu'aucun texte à valeur législative ne l'habilite à prendre une telle mesure.

Plus net encore est l'arrêt UNAPEL du même jour (R.D.P. 1961-1271 conclusions Bernard) : « Aucun texte n'a donné compétence au ministre de l'Education Nationale pour fixer les conditions de remboursement des frais engagés par les familles pour assurer la fréquentation scolaire de leurs enfants, il suit de là que les dispositions attaquées limitant le bénéfice de ce remboursement... sont entachées d'incompétence et doivent dès lors être annulées ».

Le cas est particulièrement typique car aucun texte n'est venu déterminer l'autorité compétente pour réglementer cette question. Le ministre chargé d'appliquer le décret du 5 septembre 1953 « se trouve en présence d'un vide de droit qu'il entend

comblent par sa circulaire », précisément pour remplir sa mission. Il n'empiète donc sur la compétence d'aucune autorité expressément qualifiée. D'autre part, selon le commissaire du gouvernement il ne commet aucune violation au fond de la loi.

Le Conseil d'Etat en suivant son commissaire du gouvernement admet que le décret de 1953 reste inapplicable aussi longtemps qu'il n'aura pas été complété par un autre décret. En l'absence d'une invitation législative ou réglementaire, seul un décret peut en effet édicter un règlement d'application, le ministre est et reste radicalement incompétent (17).

Devant une position de principe aussi claire, aucune discussion n'est possible. Le commentaire ne peut guère porter que sur ses conséquences.

C. - LES CONSÉQUENCES DU PRINCIPE DE L'INCOMPÉTENCE.

Les avantages de la solution adoptée par la jurisprudence n'ont guère besoin d'être rappelés : ils résultent en effet des motifs qui l'ont déterminée. Le refus de reconnaître au ministre un pouvoir réglementaire général s'harmonise avec le rôle qui lui est dévolu par la constitution ; il évite les problèmes de répartition des compétences qui ne manqueraient pas de se poser entre les autorités concurrentes ainsi que la complication qui naîtrait de la superposition de plusieurs actes juridiques sur un même sujet ; il favorise la coordination de l'activité gouvernementale par le premier ministre.

Tous ces arguments et d'autres encore ont paru suffisants aux yeux de la jurisprudence. Ils ne doivent pas faire oublier les inconvénients qui en sont la contrepartie. Les difficultés qui subsistent sont en effet assez nombreuses pour que le problème des attributions du ministre en matière réglementaire reste posé.

La conséquence fondamentale du principe de l'incompétence est la dissociation des attributions gouvernementales sur une même matière. La mesure réglementaire est prise par décret, la décision individuelle par arrêté. Sans doute le décret est-il normalement élaboré par le département ministériel chargé de l'appliquer. Il n'en est pas moins un acte qui s'impose à lui de l'extérieur.

La pratique redécouvre alors que sauf cas exceptionnels de compétence liée, « nulle règle n'est si détaillée qu'elle n'admette une règle inférieure que l'agent d'exécution est invinciblement amené à établir » (18). L'argumentation déjà développée à propos de l'exécution des lois se retrouve ici à un degré inférieur mais sensiblement analogue (à ceci près que la règle initiale est prise

(17) La jurisprudence reste constante :

C.E., 19 novembre 1965, Société l'Affichage Giraudy, L. 622.

C.E., 20 mai 1966, Dhiser, A.J.D.A. 1966.548.

(18) MOREAU, *op. cit.*, n° 21.

par une autorité administrative et non par un corps délibérant) (19).

Que le ministre soit chargé de l'exécution d'un règlement ou qu'il partage avec le premier ministre la mission d'exécuter une loi, il ne peut se contenter du pouvoir de décision individuelle. Le pouvoir réglementaire est nécessaire à l'exercice de ses fonctions. Si ce besoin n'est pas reconnu par une attribution régulière de compétence, il se manifeste néanmoins en marge du droit.

Le décret était autrefois considéré comme capable de répondre à ce besoin : il semblait être davantage l'œuvre du ministre lui-même que du chef de l'Etat. Il y avait deux procédures mais un seul titulaire réel du pouvoir de décision. Cette analyse méconnaît le rôle du chef du gouvernement. A l'heure actuelle, le décret est autant un instrument de direction de l'activité gouvernementale par le premier ministre qu'un moyen de participation du ministre au pouvoir réglementaire. La lourdeur de la procédure à elle seule suffit à en faire un acte extérieur et supérieur au service chargé de l'appliquer.

Il en résulte que très souvent le ministre n'est pas doté en fait de l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'exercice de ces fonctions. Tout naturellement il incline à reconstituer un pouvoir réglementaire qui lui soit propre et qui lui permette de remplir efficacement ses fonctions.

Le ministre réglemente par circulaire l'usage que ses services doivent faire de leurs attributions, il interprète les textes qu'il est chargé d'appliquer ; il fixe l'orientation à donner aux actes discrétionnaires ; sans être vraiment clandestin, ce pouvoir réglementaire reste un pur fait. Le problème des circulaires ministérielles est, réduit à l'essentiel, un problème de compétence.

Section II. — Le pouvoir réglementaire et le problème des circulaires : les positions de principe.

On admet généralement que les mesures émanant des chefs et notamment des ministres, « par cela même qu'elles émanent des chefs... vont être directives et productives de conséquences plus réelles et plus graves que bien des décisions proprement dites » (20). On sait, en effet, par expérience, que pour un fonctionnaire, dans une bureaucratie, la véritable règle de droit à appliquer est contenue dans l'instruction de ses supérieurs plus que dans une loi ou un règlement.

La jurisprudence se refuse pourtant à consacrer juridiquement l'existence de ce pouvoir de fait. Elle se refuse le plus

(19) Cf. *supra*, II^e partie, Livre I, chapitre II.

(20) R. E. CHARLIER, *Circulaires instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives*, J.C.P. 1954 1.1169.

souvent à reconnaître la qualité de décision exécutoire ou faisant grief à la circulaire.

Cette dernière ne constitue pas pour autant une catégorie juridique autonome bien qu'elle ait certains caractères particuliers.

Elle se présente comme une mesure qui a pour destinataire des autorités et des agents administratifs. Autrement dit, elle est mesure d'ordre intérieur, qui ne sort pas de la sphère administrative, qui ne concerne pas les administrés, quel que soit son contenu.

Il fut un temps où cette définition suffisait à fonder une catégorie relativement homogène. Les deux théories du caractère non juridique des mesures intérieures et de l'ordre juridique intérieur distinct de l'ordre légal général excluaient les circulaires de la catégorie des actes administratifs. Elles ont été rejetées au profit de nouvelles conceptions : la forme de circulaire est dépourvue de conséquences. Seul compte le contenu dans lequel on discerne une décision réglementaire ou non, faisant grief ou non.

Seules les difficultés de compétence empêchent l'application intégrale de la théorie générale des actes administratifs. Pour cette raison, la jurisprudence n'a pu suivre l'évolution doctrinale. Elle a provoqué ainsi « ce divorce absolu entre le droit et le fait » qui lui est tant reproché.

§ 1. — L'évolution des conceptions doctrinales

A - LA THÉORIE DU CARACTÈRE NON-JURIDIQUE DES MESURES D'ORDRE INTÉRIEUR ET SON REJET

L'opinion dominante de la doctrine au XIX^e siècle et au début du XX^e est que les mesures d'ordre intérieur et en particulier les instructions de service émises sous forme de circulaire ne sont pas des actes juridiques.

Elle repose sur l'idée implicite mais rarement exprimée et encore moins discutée qu'il n'y a lien de droit et donc acte juridique qu'entre deux personnes juridiques. Une mesure intérieure à l'organisation administrative qui ne touche directement aucun administré n'établit donc aucune relation juridique, elle ne se situe pas dans la sphère du droit.

Cette idée s'harmonise fort bien avec la conception générale qui fait du pouvoir réglementaire une prérogative cantonnée dans un domaine précis (exécution des lois et police) et conférée à des autorités limitativement énumérées (Chef de l'Etat, préfets, maires, exceptionnellement ministres).

Ainsi doivent se comprendre certaines affirmations qui ne font généralement pas l'objet de longs développements. Selon Berthelemy, par exemple, il faut se garder de « confondre avec les

règlements proprement dits (ceux du Président de la République), les règlements d'ordre intérieur des administrations publiques qui ne sont que des ordres hiérarchiques donnés aux subordonnés » (21).

Duguit est le seul auteur important qui ait cherché à systématiser cette opinion et à la fonder sur un raisonnement rigoureux (22). Pour lui, ordres et instructions n'ont aucun caractère juridique, que leur portée soit particulière ou générale.

Duguit nie tout d'abord que l'ordre individuel entraîne à la charge du subordonné une obligation juridique d'obéissance. Il s'agit de « simples opérations matérielles ».

Quant aux circulaires, « elles ne sont pas des actes administratifs proprement dits, puisqu'elles ne sont pas des actes individuels, et elles ne sont pas des règlements parce que l'auteur de la circulaire n'a pas eu l'intention de faire un règlement et qu'en général il n'aurait point eu compétence pour faire un règlement sur la matière objet de la circulaire » (p. 276).

La distinction est donc simple : « A mon avis, il n'y a pas d'autre critérium de fond que l'intention même de l'auteur de l'acte. Cependant lorsque l'acte porte sur une matière sur laquelle le fonctionnaire n'a pas le pouvoir réglementaire, comme on ne peut pas présumer qu'il ait voulu faire un acte nul, on présumera qu'il y a simplement une circulaire » (p. 276).

La forme de la circulaire manifeste l'intention de l'auteur de l'acte, ce qui doit suffire dans la plupart des cas. L'incompétence, loin de provoquer l'annulation de la circulaire vient confirmer son caractère non juridique.

La circulaire ne peut avoir que des effets matériels dans les relations entre agents administratifs hiérarchisés. Duguit n'en nie pas l'importance de fait ; il leur refuse valeur juridique.

Cette conception a tendu à s'effacer lorsque les relations hiérarchiques au sein de l'administration ont été analysées en termes juridiques. On s'est rendu compte peu à peu que le droit positif, écrit ou jurisprudentiel attachait des conséquences juridiques aux mesures intérieures. L'accent a été mis sur une nouvelle conception de l'ordre intérieur qui en préserve l'originalité tout en lui conférant un caractère juridique.

B. - LA THÉORIE DE L'ORDRE INTÉRIEUR ET SON ABANDON.

Carré de Malberg a ouvert la voie à la théorie de l'ordre intérieur en formulant de façon systématique la distinction de deux ordres juridiques distincts (23).

(21) BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édition, p. 143.

(22) DUGUIT, *op. cit.*, t. II, 2^e éd., p. 275 et sq.

Cf. aussi JEZE, *Principes*, II, 118.

(23) CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, n° 77 et sq.

Selon lui, il existe « des autorités à qui (la constitution) a reconnu qualité pour créer du droit au nom de la nation ou, tout au moins pour donner à celle-ci des règles ayant le caractère de droit national » (op. cité n° 77). Ce sont le parlement et le président de la République.

Les mesures générales prises par les autres autorités ont valeur juridique mais « gardent, en dépit de leur dispositif abstrait, un caractère de particularisme » (ibidem n° 77) qui résulte de l'absence de fondement constitutionnel et « s'affirme dans la diversité des modes de publication requis » (ibidem n° 84).

« Le caractère particulariste des règles créés par des arrêtés généraux des ministres » (ibidem n° 78) est facile à établir : « Si en certains cas, il est possible à des arrêtés ministériels de régler par des dispositions générales, et sans qu'il soit intervenu une loi pour les en charger expressément, tel ou tel ordre de questions ou de matières, il faut qu'il y ait pour cela une raison spéciale et en quelque sorte extraordinaire : cette raison ne peut provenir que du fait qu'il s'agit pour le ministre de poser des règles dans un domaine qui relève spécialement de la puissance inhérente à sa qualité de chef d'un service ou d'un département » (ibidem n° 78).

Carré de Malberg n'avait pas pour but d'expliquer ainsi le pouvoir d'instruction du ministre. Mais la thèse de M. Rivero reprend la distinction pour dégager une théorie de l'ordre intérieur (24).

Après avoir rejeté les « théories négatives de la valeur juridique de l'ordre intérieur » (op. cité n° 210 et sq) comme celles qui font des règles intérieures « une manifestation du pouvoir réglementaire » (n° 218) ou une « règle subordonnée dans la hiérarchie générale des actes juridiques » (n° 221), M. Rivero définit l'ordre intérieur « comme un ordre juridique subordonné mais distinct » (n° 224).

Parmi « les manifestations juridiques d'une vie intérieure des organismes de droit public », il convient de citer les circulaires et instructions de service (ibidem n° 110 à 122).

Le pouvoir d'instruction relève de l'ordre intérieur car il repose sur le pouvoir hiérarchique inhérent à la forme d'entreprise que revêt le service. « Son champ ne saurait excéder celui du pouvoir hiérarchique » (n° 113). Le problème n'intéresse donc que les rapports des agents compris dans la hiérarchie, ce qui en limite les effets : son détenteur « ne saurait jamais... transformer cette force en une obligation d'exécuter entendue dans le plan de la légalité générale et y bénéficiant de la sanction du juge » (n° 113).

On retrouve les solutions de la jurisprudence : l'instruction ne

(24) RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse Paris 1934.

peut être ni attaquée, ni invoquée car elle ne sort pas de l'ordre intérieur tant qu'elle constitue une simple directive.

Mais il existe des instructions impératives ; « il est des cas où la situation juridique n'est plus entière, et où l'effet de droit s'est produit avant même que soit intervenue la décision de l'agent subalterne » parce qu'elle est liée par l'ordre hiérarchique (n° 118). Ces instructions ont alors « une nature toute voisine de celle de la règle de droit » (n° 119).

La logique qui a conduit le Conseil d'Etat à admettre le recours pour excès de pouvoir contre un règlement l'amènera à la même solution en ce qui les concerne. En effet, dans la mesure où elles révèlent l'exercice d'un pouvoir de commandement, elles échappent à l'ordre intérieur.

Cette conception repose sur des principes fort clairs. La distinction des deux ordres juridiques est rigoureuse sur le plan théorique et très séduisante pour l'esprit. L'existence de plusieurs ordres juridiques propres à des collectivités restreintes au sein de l'ensemble étatique peut être établie sur le plan sociologique mais la thèse de M. Rivero ne dégagait pas suffisamment la fonction du droit national qui est d'intégrer les différents droits particularistes.

Le domaine de la « légalité générale » s'étend notamment par le procédé du contrôle juridictionnel. Or, la distinction de M. Rivero entre directives et instructions impératives repose sur des critères trop subjectifs ou trop difficiles à déceler pour fonder une opposition aussi riche de portée théorique.

Tout en fondant la notion d'ordre intérieur sur un principe solide, la thèse de M. Rivero enlevait son utilité première comme critère de distinction entre les circulaires.

La notion d'ordre intérieur avait en effet déjà été invoquée par J.-J. Chevallier et M. Hauriou. L'un comme l'autre estimaient que la circulaire était en soi un acte d'administration intérieure et qu'ainsi la forme de circulaire établissait une présomption de contenu d'ordre intérieur (25). M. Rivero a déplacé le problème en montrant que la circulaire n'était d'ordre intérieur qu'en raison de son contenu. Le critère de forme devient matériel et un examen au fond devient indispensable pour qualifier la circulaire. Un glissement est alors inévitable : l'accent est mis sur les effets, le régime juridique de l'acte plus que sur sa nature : la notion d'ordre intérieur perd progressivement son utilité première.

(25) CHEVALLIER, *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, thèse Nanoy 1924.

HAURIOU, notamment note sous C.E., 17 juillet 1925, Association du personnel de la Banque de France, S. 1925.3.33.

A. - LA PLACE DES CIRCULAIRES DANS LA HIÉRARCHIE DES ACTES JURIDIQUES.

La jurisprudence tire les conséquences du principe selon lequel le droit administratif n'est pas formaliste : elle assimile la circulaire à un arrêté lorsque le contenu juridique est analogue. Les formalités qui caractérisent un arrêté (visas, division en articles...) ne sont en effet pas considérés comme substantiels (30).

« Les dispositions d'ordre réglementaire que le ministre édicte par voie de circulaire ont la même valeur juridique que celles qu'il peut prendre sous forme d'arrêtés ». (CE 30 mars 1960. Syndicat national des médecins biologistes L. 244). La circulaire ayant pris l'avis exigé par la loi, les formes légales ont été respectées.

Les circulaires à caractère réglementaire sont donc intégrées dans la légalité générale. Leur place dans la hiérarchie des actes juridiques est déterminée par l'application normale des critères organiques et formels.

L'essentiel est alors le rang que lui assigne organiquement l'autorité dont elle émane. On trouve ainsi des circulaires ministérielles (CE 30 mars 1960 précité), gubernatoriales (CE 18 juin 1926. Belkacem Bentami : D. 1926.78 CE 24 octobre 1952. Roussier L. 457), préfectorales (CE 7 février 1951. Dame Martinez L. 77). La pratique a même vu naître des circulaires interministérielles (CE 18 mars 1959. U.N.A.F. L. 185).

Parmi les actes émanant d'une même autorité, la place de la circulaire découle essentiellement du degré de solennité des formes employées et de son caractère réglementaire (règle *patere legem*).

B. - L'APPLICATION INTÉGRALE DE CES PRINCIPES EN CAS DE COMPÉTENCE DU MINISTRE.

L'assimilation de la circulaire aux autres actes juridiques est complète dans les cas où l'autorité qui l'a prise détient régulièrement un pouvoir réglementaire qu'il exerce par voie de circulaire.

Le ministre ayant reçu compétence pour régler les conditions de délivrance par les centres de transfusion sanguine d'une carte constatant la détermination du groupe, la circulaire qu'il édicte a *ipso facto* un caractère réglementaire (CE 30 mars 1960. Syndicat national des médecins biologistes. L. 244 précité). Cette solution peut être comparée avec celle de l'arrêté du 21 avril 1961. Librairie Aristide Quillet... (A.J.D.A. 1961.361) (une circu-

(30) D'ailleurs, il arrive très souvent que la circulaire prenne les formes extérieures d'un arrêté. La seule différence réside alors dans le titre lui-même.

laire ne fait pas grief parce qu'elle n'édicte que des conditions de forme et ne les assortit pas d'une sanction. Mais son auteur ne détenait pas de pouvoir réglementaire en la matière).

La compétence pour prendre un règlement est un indice important pour apprécier l'intention de l'auteur de la circulaire. Dans l'arrêt précité Belkacem Bentami, la circulaire du ministre est une simple instruction parce que « le ministre de l'intérieur ne possède à l'égard de l'Algérie aucun droit de réglementation », alors que celle du gouverneur général, identique par son contenu, a un caractère réglementaire.

Au surplus, aucune raison d'opportunité ne s'oppose à l'application intégrale de la théorie générale des actes administratifs. Nul n'ignore que la politique du Conseil d'Etat est défavorable aux annulations systématiques or, dans cette hypothèse la reconnaissance du caractère réglementaire de la circulaire ne s'accompagne pas automatiquement d'une annulation pour incompétence.

L'annulation peut être prononcée pour d'autres motifs (CE 5 janvier 1934. Fédel L. 30. non-consultation du conseil supérieur de l'instruction publique pour une circulaire présentant le caractère d'un règlement relatif aux examens bien que le ministre lui ait donné la forme d'une instruction à ses subordonnés) mais la compétence n'est pas contestée.

Cette solution s'applique aussi bien au ministre (CE 3 mai 1957, dame Cestentin L. 275, CE 28 juin 1935, Caisse d'épargne de Strasbourg L. 732) qu'à d'autres autorités, notamment au préfet (CE 7 février 1951 dame Martinez L. 77. CE 27 janvier 1954, Syndicat des marchands du carreau du Temple. L. 55. Deux cas de circulaires du préfet de police).

Dans tous les cas où l'autorité est compétente, la forme de circulaire n'entraîne aucune conséquence juridique et son caractère réglementaire ou non est apprécié selon les critères généraux applicables à tous les actes.

C. - L'APPLICATION RESTRICTIVE DE CES PRINCIPES EN CAS D'INCOMPÉTENCE DU MINISTRE.

Mais l'application intégrale de ces critères aboutirait à reconnaître largement le caractère décisive et réglementaire des circulaires. A la limite elles auraient presque toutes un caractère normatif comme le proposent certains auteurs.

Cette attitude entraînerait annulation pour incompétence dans des cas très nombreux et perturberait de ce fait le fonctionnement de la machine administrative qui repose largement sur l'utilisation systématique des circulaires par les chefs de service. (Ex. : C.E. 15 mars 1967, Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire A.J.D.A. 1967.30. Annulation de la note de service d'un sous-directeur).

Notamment le refus de reconnaître au ministre un pouvoir réglementaire oblige à adopter une conception très restrictive de l'acte réglementaire ou de l'acte faisant grief. Il n'est pas possible d'aller jusqu'au bout de la logique des principes sans paralyser l'exercice par le ministre de son pouvoir de direction.

Les arrêts et, plus encore, les conclusions montrent que ce souci inspire la politique jurisprudentielle. Le Conseil d'Etat maintient une analyse des mesures prises par circulaire qui a pour but d'éviter des annulations systématiques. Lorsque l'auteur de la circulaire n'est pas compétent pour réglementer, le Conseil d'Etat évite chaque fois qu'il le peut d'attacher des effets juridiques à la circulaire. Le critère formel retrouve donc ainsi un certain rôle.

C'est le sens qu'il faut attribuer à la distinction entre circulaires interprétatives, directives et réglementaires. Les deux premières catégories n'ont pas une définition rigoureuse et ne coïncident nullement avec les critères généraux. Mais elles ont pour but d'en écarter l'application intégrale.

Section III. — Le pouvoir réglementaire et le problème des circulaires : la pratique jurisprudentielle.

La notion d'acte de nature à faire grief est en principe propre au recours pour excès de pouvoir. Mais elle joue un rôle déterminant dans la qualification des actes juridiques, telle qu'elle est donnée par le juge. Selon la jurisprudence actuelle, elle combine deux éléments : d'une part l'acte doit entraîner des conséquences juridiques, d'autre part il doit être de nature à faire grief par lui-même.

Elle s'applique sans difficulté à toute une série d'hypothèses relativement simples. La plupart des actes pris par des autorités administratives dans l'exercice de prérogatives régulièrement conférées, constituent des décisions faisant grief par elles-mêmes. A l'opposé diverses catégories d'actes sont écartées car elles ne remplissent l'une ou l'autre des conditions : certains actes ne sont pas destinés à produire des effets de droit comme la manifestation des intentions, opinions ou prétentions de l'administration. D'autres font grief mais participent avec d'autres à la réalisation d'un même grief, ce qui justifie l'unification des recours ; ce sont notamment les actes préparatoires ou les actes pris à la suite d'une décision, les actes confirmatifs et les actes comminatoires (31).

La même jurisprudence est en principe applicable aux autres mesures d'ordre intérieur, celles qui émanent des chefs hiérarchiques et ont pour destinataires des autorités et agents administratifs. Parmi elles, le juge distingue deux catégories d'actes

(31) Cf. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, n° 1011 et sq.

qui ne sont pas de nature à faire grief : les circulaires contenant l'interprétation ou le commentaire d'un texte, et les instructions de service. Il reconnaît dans certains cas le caractère réglementaire de certaines circulaires en apparence d'ordre intérieur. Mais cette classification tripartite ne correspond pas à l'application exacte de la théorie générale. Elle masque la réalité d'un pouvoir de décision beaucoup plus étendu qu'il ne paraît.

§ 1. — L'interprétation ou le commentaire d'un texte.

Une des fonctions importantes des autorités administratives supérieures est de commenter le sens et la portée des textes législatifs ou réglementaires que les agents et autorités inférieures auront à appliquer. La circulaire ministérielle vise ainsi à assurer l'unité d'interprétation et donc d'action des services.

La qualification qu'en donne la jurisprudence est fort claire : les « dispositions purement interprétatives ne présentent aucun caractère réglementaire » (CE 21 avril 1961 : Librairie Aristide Quillet et S.A.R.L. Cabus et Raulot A.J.D.A. 1961.361). La première condition exigée pour la recevabilité du R.E.P. n'est donc pas requise. Fidèle à sa position le juge refuse d'attacher des conséquences juridiques à ces circulaires : elles ne peuvent être invoquées ni par l'administration ni par les administrés (CE 24 mars 1956 Société établissements Motte et Porisse L. 144). La règle célèbre « *pater legem quam fecisti* » ne s'applique donc pas et le juge ne s'estime pas lié par l'interprétation donnée par l'administration (CE 17 mai 1961 Lager L. 320).

Cette position ne correspond guère à la réalité. Les circulaires interprétatives sont productives de conséquences réelles et même graves dans la mesure où elles fixent la conduite de l'administration. Si l'on peut admettre qu'elles sont dépourvues d'effets juridiques lorsque son auteur et son destinataire n'ont entre eux aucun lien hiérarchique, il n'en va plus de même dans le cas contraire : le subordonné hiérarchique et, dans certains cas, l'autorité soumise à un pouvoir de tutelle sont juridiquement tenus d'adopter l'interprétation du supérieur comme base de leurs décisions.

La circulaire interprétative peut ainsi acquérir une nature toute proche de celle de la règle de droit comme l'observait déjà M. Rivero dans la thèse (32). Il suffit pour cela de mettre en valeur l'élément de commandement qu'elle contient.

Elle joue en effet un rôle analogue à celui d'un règlement d'application. L'interprétation est le point de départ nécessaire des mesures ayant pour objet de développer les règles principales. Nul ne conteste le caractère réglementaire d'un décret d'application dont les dispositions se borneraient à fixer l'interpré-

(32) RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse Paris 1934, p. 217.

tation officielle de la loi exécutée. Par les choix qu'il opère, par les précisions qu'il apporte, il a un caractère normatif incontestable et incontesté (33).

L'application complète de la théorie générale des actes administratifs devrait logiquement conduire la jurisprudence à reconnaître aux circulaires interprétatives une nature et un régime comparables à ceux d'un règlement d'application.

Les ministres considèrent en fait que l'édiction de circulaires leur permet de prendre les mesures d'application des décrets (cf. par exemple : CE 18 mars 1959 U.N.A.F. L. 185).

Mais cette solution est exclue pour des raisons de compétence : la jurisprudence se refuse en effet à accorder aux ministres un pouvoir réglementaire d'exécution des lois et décrets autrement que sur la base d'un texte exprès.

Afin d'éviter l'annulation pour incompétence, elle est obligée d'appliquer de façon restrictive la notion d'acte de nature à faire grief. Elle est ainsi conduite à adopter des solutions propres aux circulaires et reposant sur des critères imprécis sinon arbitraires.

Elle complète le principe tiré de l'absence d'effets juridiques attachés à l'interprétation par celui de l'absence de grief : la circulaire ne fait pas grief « par elle-même ». Non seulement l'interprétation n'ajoute aucun élément nouveau à la légalité, mais encore le grief éventuel qu'elle peut entraîner résulte non de la circulaire mais des mesures d'application ou du texte initial.

La circulaire interprétative disparaît ainsi entre les deux actes qu'elle relie. Ses effets réels doivent être imputés à l'un ou à l'autre mais non à elle. C'est une solution élégante au problème posé à la jurisprudence par la contradiction entre droit et pratique.

Que tel soit l'objectif de la jurisprudence la lecture des arrêts le révèle clairement : « ... si les intéressés peuvent contester la légalité du décret du 6 décembre 1946, d'ailleurs non publié, pour l'exécution duquel les textes attaqués sont intervenus, soit par un recours direct, soit à l'occasion de mesures individuelles d'application, le sieur G. n'est pas recevable à déférer l'instruction et la circulaire susvisés au Conseil d'Etat par la voie du R.E.P. ». (CE 9 mars 1951 Guislain L. 142) (cf. aussi CE 2 février 1949 F.N. des blessés du poumon G.P. 1949.1.142).

En d'autres termes, la jurisprudence se refuse à détacher l'acte interprétatif de l'acte interprété. Chaque fois que le second existe, le premier disparaît de l'ordonnement juridique : « Quel que soit le mérite de cette interprétation, celle-ci est dépourvue de tout caractère réglementaire » (CE 29 juin 1960. Trébosc L. 429).

L'irrecevabilité du R.E.P. contre la circulaire ne se justifie que

(33) Cf. *supra*, II^e partie, titre I, chapitre II, L'exécution des lois.

dans la mesure où un acte postérieur peut être attaqué. Le recours contre la mesure d'application d'un acte permet aux intéressés de faire redresser par le juge une interprétation erronée ou illégale de cet acte (CE 17 mai 1961 Lager L. 320. CE 7 juillet 1950 Musslin L. 420).

Une grande partie de la doctrine a souligné depuis longtemps qu'il n'y a pas de commune mesure entre le recours contre une mesure individuelle d'application et le recours direct contre le règlement initial. La jurisprudence a abandonné l'exception de recours parallèle dans cette hypothèse depuis plusieurs générations.

Mais ceci vaut en théorie générale et ne s'est pas étendu au domaine des circulaires. Malgré les affirmations optimistes de M. Rivero, pour qui la logique qui a conduit le Conseil d'Etat à admettre le R.E.P. contre un règlement l'amènera à la même solution quant aux instructions générales, l'évolution prévue n'a pas encore eu lieu (34).

Les difficultés de compétence obligent le juge à maintenir une fiction périmée et préjudiciable à un bon contrôle de légalité. Il est inutile de rappeler que les résultats des deux procédures ne sont pas comparables et que le refus de juger au fond la valeur d'une interprétation facilite l'adoption et le maintien de pratiques illégales.

Il est plus important de remarquer que cette attitude ne peut être maintenue dans tous les cas. Le juge admet parfois la recevabilité du recours mais pour décider dans un sens ou un autre il est pratiquement obligé de procéder à un examen au fond de la circulaire.

La recevabilité du recours est ainsi souvent la sanction d'une illégalité et s'accompagne normalement d'une annulation. Mais le juge n'utilise ce procédé que lorsqu'il lui semble que l'intention de l'autorité administrative a bien été non d'interpréter mais de modifier un texte (CE 24 novembre 1961 Angles d'Auriac L. 657 pour un ministre. T.A. Alger 27 janvier 1962 Durnoy et Association syndicale des propriétaires du parc d'Hydra L. 719 pour un préfet).

Il rétablit la qualification exacte de l'acte mais, mise à part l'intention de l'auteur de l'acte, une interprétation erronée produit en réalité les mêmes effets juridiques. C'est pourquoi de telles décisions sont assez rares et peu explicites car elles ne reposent pas sur une distinction bien établie. Elles sont surtout un correctif à la règle générale d'irrecevabilité (CE 29 mai 1964 Boyreau et Laboyie-Moresmau. A.J.D.A. 1964.488. R.S.F. 1965. 89).

En second lieu, le juge est parfois obligé de reconnaître qu'une interprétation, quelle qu'elle soit, n'est pas seulement énonciative mais aussi créatrice de droit. Il doit bien admettre la receva-

(34) RIVERO, *Thèse citée*, n° 119.

bilité d'un recours lorsque l'interprétation administrative aboutit à une illégalité qui ne peut être contesté à l'occasion du recours contre un autre acte.

Lorsqu'un ministre estime qu'un texte est applicable à une catégorie d'intéressés, son interprétation ne fait pas grief car elle peut être discutée à l'occasion de l'application individuelle (CE 27 novembre 1957 Syndicat national des établissements anti-tuberculeux privés d'hospitalisation L. 645. A propos de l'application aux établissements privés d'un décret relatif à la fixation des prix de journée dans les hôpitaux).

Mais si l'interprétation a pour effet de ne pas provoquer l'édiction d'actes attaquables, le problème se pose différemment. L'administré peut n'avoir pas intérêt à attaquer le refus d'application d'un acte lorsque ce refus lui bénéficie. Il est au moins un cas où le Conseil d'Etat a accepté d'annuler une instruction établissant une discrimination illégale dans l'application d'un texte à deux catégories d'intéressés (CE 24 mars 1922. Chambre syndicale des fabricants d'eaux gazeuses de Paris. L 256. Refus d'appliquer aux hôteliers le règlement relatif à la surveillance des fabricants d'eaux minérales). Il s'agit d'une jurisprudence relative à l'obligation d'assurer l'exécution des lois et règlements. Mais le juge a reconnu implicitement qu'une circulaire interprétative avait des effets de droit.

De la même façon, la circulaire précisant qu'un décret entrera en vigueur dès sa publication au J.O. est interprétative : les intéressés peuvent s'opposer à une application anticipée (CE 30 mars 1960. Roux - n° 49.230). Mais la lettre du Gouverneur Général d'Algérie subordonnant l'application d'un décret à l'intervention d'une mesure d'extension comporte une décision (CE 24 octobre 1952. Rousseir. L 457). Elle est pourtant aussi interprétative que la précédente mais il n'est guère possible de corriger une erreur d'interprétation à un stade ultérieur de l'action administrative.

La notion de circulaire interprétative est donc équivoque. Elle a pour objet de limiter l'application de la théorie générale des actes administratifs en opposant une fin de non-recevoir lorsqu'un résultat comparable peut être obtenu par une autre voie. Sont considérées comme interprétatives aussi bien des mesures non productives d'effets de droit que des mesures dont les effets peuvent être rattachés à un acte antérieur (loi ou règlement) et appréciés dans un acte ultérieur (décisions d'application).

§ 2. — Les instructions et directives aux subordonnés

Une équivoque comparable se retrouve dans la jurisprudence relative aux circulaires déterminant la conduite à tenir des subordonnés. Ce pouvoir d'instruction se confond partiellement avec le pouvoir d'interprétation qui vient d'être analysé. Il s'en

distingue nettement lorsqu'il concerne la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

1°) L'analyse par la jurisprudence des instructions de service est analogue à celle des circulaires interprétatives. Il s'agit de mesures d'ordre intérieur (CE 25 novembre 1959. Fédération hospitalière de France. L 628), de simples suggestions (CE 9 mars 1938. Union de la propriété bâtie. L 253), en tout cas de mesures non réglementaires (CE 25 mars 1960. Confédération générale des architectes français et sieur Tournon. L 233).

Le juge se refuse donc à lui attacher des conséquences juridiques : une instruction ne crée pas de droits au bénéfice des administrés à l'égard de qui elle n'a aucun caractère obligatoire. Elle ne peut donc être ni invoquée ni attaquée. En particulier sa violation par une décision administrative n'est pas illégale.

2°) Cette position a été critiquée encore plus vivement qu'à propos des circulaires interprétatives car « les directives aux agents publics sur la manière dont ils doivent exercer une attribution... contiennent souvent des décisions entraînant des conséquences juridiques vis-à-vis des administrés » (35).

Beaucoup d'auteurs estiment que l'instruction fait grief du seul fait qu'elle est source d'obligation hiérarchique au sein de l'Administration. Pour M. Huet « il suffit que l'autorité administrative, par les prescriptions qu'elle édicte, ait créé une menace suffisamment précise ou laisse présager aux intéressés de façon suffisamment certaine des mesures à prendre ultérieurement à leur sujet » (36).

M. Levanthal reprend la même idée d'acte « interlocutoire » formulée par le commissaire du Gouvernement Corneille (37) et juge « recevable le recours dirigé par un administré contre une circulaire constituant une décision à l'exclusion d'une simple notification ou même de l'interprétation de dispositions existantes, et donnant au service destinataire des instructions dont l'application serait susceptible de porter préjudice à l'auteur du recours » (38).

Si beaucoup d'auteurs s'abstiennent de prendre position, M. Odent est à peu près le seul à estimer que la distinction jurisprudentielle « correspond à la nature même des choses » malgré sa complexité (39).

3°) Mais le juge se heurte au même obstacle que précédemment. Une extension de la recevabilité des recours provoquerait des annulations pour incompétence : il est même particulière-

(35) AUBY et DRAGO, *op. cit.*, n° 1023 6°

(36) Note Ph. HUET, sous C.E., 29 décembre 1944, Union de la propriété bâtie, S. 1947.3.5.

(37) Conclusions CORNEILLE sous C.E., 24 février 1911, WATINE-LOTHE, S. 1913.3.116.

(38) LEVANTHAL, *L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives*, D. 1954, chr. 29.

(39) ODENT, *Contentieux Administratif*, Cours, fasc. II, p. 497.

ment délicat de reconnaître au ministre un pouvoir réglementaire dans les matières où ce pouvoir a été conféré à des autorités inférieures comme les préfets ; or, cette situation est fréquente puisque l'instruction concerne l'exercice par le subordonné de ses attributions. Dans d'autres hypothèses, la compétence du ministre supposerait admis le principe que le pouvoir de prendre des décisions particulières implique le pouvoir réglementaire.

Le juge est donc conduit à apprécier de façon restrictive le caractère réglementaire des circulaires contenant des instructions ou directives et, ici encore, à adopter des solutions propres aux circulaires.

Le recours est déclaré irrecevable lorsque la directive n'a pas de caractère impératif (CE 9 mars 1938. Union de la propriété bâtie. L. 253. CE 28 mai 1958. Ordre national des pharmaciens, n° 27.722 et 23.731) ; ce qui est déjà une conception restrictive car une règle de droit n'est pas nécessairement impérative (CE Ass. 26 novembre 1965. Compagnie industrielle de textiles artificiels et synthétiques. A.J.D.A. 1966.233. Simple recommandation).

L'argument essentiel est que la circulaire ne fait pas grief par elle-même. Seul est productif de conséquences juridiques et fait donc grief, l'acte, particulier ou réglementaire, pris en vertu de l'ordre reçu (cf. par exemple CE 18 juin 1926. Belkacem Bentami. D 1926.78 où les deux solutions sont juxtaposées).

Il n'est pas possible de rattacher l'instruction à un acte principal auquel elle devrait être conforme comme la circulaire interprétative. Mais il est concevable de la laisser dans l'ombre et de ne prendre en considération la décision qu'au moment où elle s'extériorise, se formule définitivement.

Cette attitude ne correspond pas à une application extensive de la théorie générale des actes administratifs chaque fois qu'il existe entre les deux actes un lien juridique (or le lien hiérarchique se voit reconnaître sans conteste un caractère juridique).

Elle est une réponse aux difficultés de compétence mais elle ne se justifie que parce que l'instruction est suivie d'actes-conséquences et dans cette mesure seulement.

4°) Elle trouve donc une limite lorsque l'acte-conséquence n'existe pas ou ne peut être attaqué ou plus exactement lorsque l'irrégularité qui entache l'instruction ne peut être décelée dans l'acte-conséquence.

Les instructions enjoignant aux agents publics de ne pas appliquer un texte ou d'y déroger entre dans la première catégorie. La jurisprudence annule le refus d'appliquer le texte (CE 24 juillet 1936. Syndicat général de défense des grands vins de la Côte-d'Or. D.P. 1937.341. Toute la motivation de l'arrêt qui annule la décision implicite de rejet repose sur l'illégalité d'une instruction ministérielle invitant les subordonnés à ne pas appliquer un arrêt de règlement).

Il lui arrive d'annuler directement l'instruction lorsque l'illégalité ne peut être sanctionnée autrement (CE 2 février 1949. Union des véhicules de transports privés. GP 1949.1.147. Le ministre a le pouvoir d'abroger une loi ; il prescrit de ne plus l'appliquer à une certaine catégorie d'intéressés. Si l'on ne prend en considération que les actes-conséquences, les intéressés peuvent difficilement attaquer la non-application de la loi puisque le ministre est compétent pour la prononcer).

Ce dernier arrêt nous conduit à l'hypothèse où le contenu de l'instruction est tel que seul un recours direct peut permettre un contrôle effectif de la légalité. L'exemple le plus net est celui d'une directive supprimant tout pouvoir d'appréciation dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge ne parle alors plus d'instruction mais de décision réglementaire : un décret donne à l'Administration la faculté d'accorder des majorations de l'allocation-chômage ; une circulaire ministérielle ajoute une condition non prévue par le décret ; elle est réglementaire comme « excluant d'une manière absolument générale une catégorie d'allocataires » (CE 6 novembre 1953. Dame Boisson. D.S. 1954.113, note M.L.).

Une circulaire sur les sursis d'incorporation n'est réglementaire que sur un seul point : lorsqu'elle prescrit la suppression des sursis au-delà de 25 ans. Dans les deux cas, les ministres ont manifestement pris une instruction sur la manière dont leurs subordonnés doivent exercer leurs compétences. Dans les deux cas, l'instruction n'a d'effets que par l'intermédiaire de mesures individuelles d'application.

Pourquoi le juge estime-t-il qu'elles font grief à la différence des instructions ordinaires ? Le recours contre les mesures individuelles serait vain car l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser l'allocation ou le sursis. L'absence de motivation des décisions administratives empêcherait pratiquement le requérant d'établir l'illégalité s'il ne pouvait attaquer la directive elle-même.

5°) La jurisprudence ne peut donc intégralement respecter la solution même qu'elle a établie. « Nier dans la tranquillité des amphithéâtres ou du délibéré, le pouvoir des chefs, n'en a pas arrêté l'énorme développement sous forme d'instructions » (40).

La notion d'instruction, comme celle de circulaire interprétative, reste donc équivoque. Elle rassemble dans une même catégorie des recommandations sans valeur obligatoire (directives adressées à des personnes non subordonnées) et de véritables décisions impératives.

Le juge s'efforce de concilier deux exigences contradictoires : éviter de multiplier les annulations pour incompétence en affectant de ne pas reconnaître le caractère décisif des instructions

(40) R.E. CHARLIER, « Circulaires instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », J.C.P. 1954.1.1169.

lorsqu'il peut le faire et assurer le respect de la légalité en admettant un recours direct contre l'instruction lorsqu'aucun autre moyen ne permettrait d'obtenir un résultat comparable.

§ 3. — Circulaires réglementaires

1°) La troisième catégorie de circulaires est la seule à laquelle le juge attache un caractère réglementaire. Il cherche un critère tiré du contenu et de la portée de la mesure : « Ce contenu et cette portée doivent être envisagés de façon à répondre à la question suivante : la circulaire ajoute-t-elle ou non quelque chose aux règles applicables aux administrés ? » (41).

M. de Laubadère systématise le critère jurisprudentiel de façon analogue : Est réglementaire la circulaire qui « prétend ajouter quelque chose à la loi ou, d'une manière plus large, à l'ordonnement juridique, notamment en imposant des sujétions nouvelles aux administrés ou, à l'inverse, en leur procurant des garanties nouvelles » (42).

La jurisprudence applique donc en principe le critère général qui reconnaît le caractère de décision administrative aux mesures ayant pour objet de produire des effets de droit. Elle soumet de telles circulaires au régime ordinaire des décisions réglementaires et leur confère une place dans la hiérarchie des actes déterminée par des critères organiques et accessoirement formels (43).

Mais l'interférence du problème de compétence conduit à une application restrictive du critère général. Deux séries de restrictions sont mises en œuvre par la jurisprudence.

2°) Les notions de circulaires interprétatives ou directives limitent de façon importante la reconnaissance du caractère réglementaire d'une circulaire. Elles permettent de rattacher une circulaire à un acte antérieur ou postérieur et de lui dénier de ce fait tout effet juridique propre.

Le caractère réglementaire ne s'impose que lorsque cette opération est impraticable : la circulaire a des effets juridiques réels qu'il est impossible de rattacher à un autre acte.

Il en va ainsi dans l'hypothèse d'un « vide de droit » comblé par la circulaire : Une instruction est réglementaire parce qu'elle « a édicté un ensemble de règles destinées à parer à une situation que les dits décrets n'avaient pas prévue et limitant les droits des viticulteurs... » (CE 11 juillet 1960. Consorts Garriguenc. L. 467).

Une circulaire établissant des correspondances entre fonctions d'un ancien et d'un nouveau corps d'inspecteurs a un « caractère

(41) VEDEL, *Droit Administratif* 1960, p. 142.

(42) DE LAUBADERE, *Traité de Droit Administratif* 1962, n° 477.

(43) *Circulaires à caractère réglementaire* : C.E., 5 février 1965, Peignot, L. 70.

réglementaire dès lors que (ces) correspondances... n'avaient été fixées par aucune autre disposition réglementaire que la circulaire se serait bornée à interpréter » (CE 29 juin 1960. Trébosc. L. 429).

La situation n'est pas tellement différente lorsqu'il subsiste formellement un lien entre deux actes mais qu'il est en réalité dénaturé. (CE 2 février 1949. Union des véhicules de transports privés. GP 1949.1. pp. 142, précité). Le juge établit parfois l'absence de lien réel lorsqu'il découvre l'intention de modifier un texte sous couvert de l'interpréter.

Il utilise en définitive le critère posé par le commissaire du Gouvernement Tricot : sont réglementaires « les circulaires qui posent des règles de droit nouvelles qui ne trouvent leur fondement dans aucun acte juridique antérieur » (44).

Il est à peine besoin de souligner que cette conception s'écarte du critère général puisqu'elle est seulement la contrepartie des notions précédemment examinées de circulaires non réglementaires.

3°) La notion d'acte de nature à faire grief est également utilisée pour limiter la reconnaissance du caractère réglementaire d'une circulaire.

La jurisprudence n'admet la recevabilité du recours que contre un acte ayant un effet sur la situation juridique du requérant. Cette condition permet parfois d'étendre le contrôle juridictionnel (cf. CE 6 juillet 1956. FDSEA de la Seine-et-Oise. D. 1958.178, note Quermone. Instruction approuvant par avance les arrêtés préfectoraux conformes à l'arrêté-type). Car « la décision faisant grief est plus large et beaucoup plus complexe que la décision exécutoire » (45).

Mais dans la matière des circulaires le critère du grief fait aux administrés est souvent utilisé dans un but restrictif. Le juge n'admettant généralement pas qu'une interprétation ou une directive fassent grief par elles-mêmes, le critère est surtout invoqué pour opposer l'irrecevabilité.

Une telle attitude est fondée dans tous les cas où il s'agit de prescriptions non substantielles que ne pourrait sanctionner aucune nullité (CE 6 février 1920. Lezin-Girand. L. 129). Mais elle est étendue de façon plus discutable à toutes les « dispositions qui ne sont assorties d'aucune sanction » (CE 21 avril 1961. Librairie Aristide Quiélet... AJDA 1961.361).

C.E., 26 mars 1965, Lefranc, L. 199.

C.E., 21 mai 1965, Ministre de l'Éducation nationale c/ Société Amoureux, L. 292.

C.E., 2 juillet 1965, Syndicat national des Parcs automobiles... L. 397.

C.E., 16 mars 1965, Michel, A.J.D.A. 1966.515.

(44) Conclusions sous C.E., 29 janvier 1954 — Institution Notre-Dame de Kreisker R.P.D.A. 1354.50.

(45) NGUYEN VAN BONG, *Décision exécutoire et décision faisant grief*, thèse Paris 1960. Conclusion générale.

Le principe est juste mais l'application est davantage sujette à caution car le juge a tendance à reconnaître difficilement l'existence d'un grief en raison des conséquences que cela entraîne.

Il est amené à dénier fréquemment tout caractère impératif à une circulaire en fonction de l'appréciation qu'il porte sur l'intention de son auteur : l'invitation faite à des pharmaciens de se conformer à un règlement-type a valeur de simple recommandation car le ministre n'a pas entendu définir les conditions auxquelles serait subordonnée l'approbation des règlements particuliers (CE 22 mai 1958. Ordre national des pharmaciens, n° 27.722 et 23.731, solution inverse dans CE 6 juillet 1956. FDSEA de Seine-et-Oise. D 58.178, précité).

« En exagérant le caractère indicatif de l'instruction en la minimisant, en feignant de n'y voir que l'énoncé gratuit... d'opinions doctrinales, la jurisprudence méconnaît le rôle du chef de service » (46) (cf. par exemple CE 22 février 1957. Villero. L 121. CE 10 février 1950. Syndicat des propriétaires viticulteurs de Châteauneuf-du-Pape. L 94. CE 13 juillet 1962. Arnaud. AJDA 1962.56).

La démarche suivie par le juge aboutit nécessairement à ce résultat. En dernière analyse, le critère du caractère décisoire d'un acte doit être trouvé dans l'intention de son auteur (47). Cette intention peut-être décelée grâce à divers indices de fond (contenu des dispositions) et de forme (en particulier la publication au *Journal Officiel*) (48). En tout état de cause, cette intention est appréciée par le juge et l'incompétence de l'auteur de la circulaire à prendre un règlement ne peut manquer d'être utilisée comme indice de l'intention de ne pas en prendre.

A la limite, le juge travestit l'intention de l'Administration de façon ouverte (CE 4 janvier 1957. Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de Droit. D 1958.178, note Quermonne).

Cette « interprétation » audacieuse permet parfois de redresser la situation lorsqu'il est « possible de faire en sorte que les dispositions de la circulaire non réglementaire ne soient effectivement pas opposées aux intéressés » (49).

« Il n'en reste pas moins que dans la mesure où il existe un risque qu'une circulaire non réglementaire soit cependant en pratique considérée comme impérative par l'Administration, les administrés risquent d'être assujettis à une réglementation entachée d'incompétence, c'est-à-dire tout de même du vice le plus grave » (49) (cf. par exemple CE 13 juillet 1962. Sieur Arnaud.

(46) R.E. CHARLIER, *op. cit.*, J.C.P. 1954.I.1169.

(47) Cf. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, n° 1024.

(48) Cf. note LAMARQUE sous C.E., 23 décembre 1959, FREYSSINET et U.N.E.F. S. 1960.227 et chronique de jurisprudence. « La circulaire FONTANET et les critères du caractère réglementaire des circulaires », A.J.D.A. 1961.329.

(49) Chronique précitée A.J.D.A. 1961.329.

AJDA 1962.545.7 dérogations sur 13.800 décisions permettent d'affirmer que la circulaire n'est pas impérative. Cette solution est paradoxale car elle aboutit à consacrer à la fois un règlement incompétent pris et des mesures individuelles dérogatoires).

La cote mal taillée de la jurisprudence est donc loin d'être satisfaisante et les cas où une circulaire a un caractère réglementaire sont loin d'être tous reconnus.

§ 4. — Conclusions

Le critère tiré du caractère réglementaire ou non de la circulaire conformément à la théorie générale des actes administratifs ne disparaît pas. Il reste même le critère premier.

Mais il est considérablement corrigé par l'usage que fait le juge du critère tiré du grief entraîné par la circulaire. La cause en est dans l'impossibilité d'adopter jusqu'à bout le premier critère sans multiplier le nombre des circulaires réglementaires. Le second critère est beaucoup plus souple et fournit un palliatif au juge.

La doctrine envisage souvent la notion d'acte de nature à faire grief comme plus extensive que celle d'acte décisoire. C'est par exemple la position de M. Quermonne lorsqu'il propose d'en faire le critère décisif de la recevabilité. La jurisprudence l'utilise au contraire dans un sens restrictif en niant le grief ou en le rattachant à un autre acte.

Les deux critères se complètent plus qu'ils ne s'opposent, l'un se situant sur le plan général, l'autre sur le plan contentieux. Mais en l'état actuel des choses et contrairement aux espoirs de la majeure partie de la doctrine, ils restreignent plus qu'ils ne généralisent la recevabilité du recours (50).

La souplesse même des deux critères combinés explique suffisamment que la jurisprudence ne soit pas fixée. La politique jurisprudentielle entre 1950 et 1965 s'est traduite par un élargissement suivi d'un rattrapage dans la recevabilité du recours.

Il existe, moins que jamais, un critère précis permettant d'affirmer *a priori* avec certitude, qu'une circulaire donnée se verra ou non reconnaître un caractère réglementaire. Les directives jurisprudentielles permettent tout au plus d'établir un catalogue de cas d'espèces. Les solutions fortement inspirées de considérations d'opportunité sont souvent fluctuantes, sinon contradictoires.

La seule certitude a été dégagée depuis longtemps par M. Rive-ro. La complexité des solutions retenues oblige le juge à étudier le contenu de l'acte. Le problème de la recevabilité est commandé

(50) Il est assez curieux de voir une notion propre au contentieux de l'excès de pouvoir être utilisée pour qualifier la nature juridique d'un acte.

par un examen au fond. La fin de non-recevoir tend alors à se rapprocher d'un rejet au fond.

Le pas ne peut être franchi et une situation claire et satisfaisante ne pourra être trouvée tant que ne seront pas résolus les problèmes de compétence. Mais, sous couvert de la théorie de l'ordre intérieur, le juge est entré dans la voie qui mène à la consécration d'une nouvelle compétence propre au chef de service et surtout au ministre.

Section IV. — Le pouvoir de direction du ministre dans la jurisprudence.

La jurisprudence maintient fermement le principe selon lequel le ministre est incompétent à réglementer directement une matière sauf dans les cas où il a reçu une habilitation expresse. Mais elle lui reconnaît le droit de diriger l'action des services placés sous son autorité par voie de circulaires d'ordre intérieur et d'instructions de service.

L'irrecevabilité opposée aux circulaires non réglementaires ou ne faisant pas grief a pour effet, et peut-être pour objet, de laisser se décanter un problème qui n'est pas encore mûr pour une solution définitive. Elle offre une protection à l'abri de laquelle la pratique peut tâtonner et éviter de consacrer juridiquement une orientation qui se révélerait peut-être prématurée.

Le Conseil d'Etat a déjà adopté une telle attitude dans le passé. L'exemple le plus connu concerne le pouvoir réglementaire d'organisation du service par le ministre et le chef de service qui n'a été consacré par l'arrêt du 7 février 1936. Jamart (Sirey 1937.3.113) qu'après une longue période d'élaboration pratique et de réflexion théorique (51).

En l'état actuel des choses, il semble bien que le Conseil d'Etat admette implicitement la compétence du ministre et des autres chefs de services à régler l'exercice des prérogatives de leurs services. Il s'agit pour le moment d'un « pouvoir réglementaire en la forme simplifiée » selon la formule de M. Lamarque (52).

Mais ses principales caractéristiques commencent à apparaître. D'ores et déjà ce pouvoir est juridiquement organisé et situé dans l'ordre juridique. Ses limites sont définies et ne s'étendent pas au-delà du service. Mais son existence n'est pas consacrée juridiquement.

(51) Cf. *infra*, II^e partie, titre III.

(52) Note précitée sous C.E., 23 décembre 1959, FREYSSINET et U.N.E.F. S. 1960.227.

§ 1. — Le pouvoir de direction du ministre est juridiquement organisé

La jurisprudence actuelle accorde au ministre le pouvoir d'adresser des instructions à ses subordonnés sur la façon dont ils doivent exercer les attributions et même, s'il y a lieu, leurs compétences propres (lorsque le subordonné a qualité d'autorité dotée de pouvoirs de décision). Le droit d'interpréter les textes à appliquer se rattache à la même prérogative dans la mesure où l'interprétation contient implicitement une directive.

L'irrecevabilité opposée aux recours contre ces catégories de circulaires n'a pas le résultat purement négatif de les soustraire au contrôle contentieux. Elle aide à définir leur place dans l'ordre juridique et, par là, à organiser juridiquement le pouvoir de direction du ministre.

1°) Le pouvoir de direction du ministre ne modifie pas l'ordre régulier et formel des compétences

L'ordre hiérarchique n'a pas pour effet de changer l'auteur de la décision administrative. Cette dernière émane toujours de l'autorité investie légalement du pouvoir de la prendre même si l'ordre est strictement impératif (CE 15 janvier 1954. Desmond et Société Henri Daffargès et fils. L. 32. Le préfet, même s'il agit sur instruction du ministre, ne peut prendre une mesure relevant de la compétence de ce dernier). (CE 27 octobre 1937. Fédération aéronautique de France. CE 15 juillet 1959. Ministre de l'Algérie c/ Sieur Paris. L. 417, même solution).

En corollaire, l'ordre hiérarchique ne modifie pas les pouvoirs de son destinataire au-delà de la décision (CE 25 novembre 1959. Fédération hospitalière de France. L. 628. Une circulaire interministérielle qui édicte l'obligation pour les préfets de subordonner toute majoration supérieure à 18 % des tarifs d'hospitalisation à l'accord exprès des deux ministres, ne porte pas atteinte aux pouvoirs que les préfets tiennent du Code de la Santé Publique). L'instruction ne peut limiter une compétence légale, ni *a fortiori* l'étendre. Elle reste sans incidence sur elle. Il ne s'ensuit pas qu'elle est dénuée de toute valeur.

2°) Le pouvoir de direction du ministre a juridiquement force obligatoire à l'égard du subordonné

L'ordre hiérarchique tient sa force obligatoire du devoir d'obéissance hiérarchique qui lie le subordonné à son supérieur. Ce devoir ne trouve de limites que lorsque l'ordre est illégal de manière flagrante et, en outre, qu'il est de nature à compromettre gravement un intérêt public. Dans ces conditions, l'obéissance est une faute (CE 10 novembre 1944. Langneur. D 1945. jp. 88, conclusions Chenot).

L'ordre hiérarchique est défini juridiquement. Le droit, écrit ou jurisprudentiel, en détermine l'étendue et les limites. L'adoption d'un statut de la fonction publique organisant les relations entre supérieurs et subordonnés interdit d'y voir un simple fait comme on a pu le soutenir à l'époque de Duguit.

La violation de cette obligation légale est, au surplus, sanctionnée juridiquement. Elle engage la responsabilité de l'agent public qui y contrevient, plus rarement celle de l'Administration.

Si la responsabilité pénale est assez rare, la responsabilité disciplinaire est de droit commun. La violation d'une circulaire constitue une faute, ce qui peut obliger éventuellement l'auteur de la faute ou le service à indemniser pécuniairement les victimes. Il est vrai qu'il s'agit de sanctions qu'un fait juridique (par opposition à un acte) suffit à déclencher.

La force obligatoire d'une circulaire n'est donc pas comparable à celle d'une décision administrative, car elle ne permet pas d'aboutir à l'annulation par le juge de l'acte qui y contrevient. Elle fonde, en revanche, une mesure administrative d'annulation prise par le ministre lui-même. De façon générale, l'ensemble des prérogatives liées au pouvoir hiérarchique ont valeur juridique et peuvent être invoquées devant le juge.

3°) *Le pouvoir de direction du ministre peut avoir un caractère impératif*

La force obligatoire de la circulaire à l'égard du subordonné est fonction de son caractère impératif. La jurisprudence est amenée à l'apprécier soit pour établir l'existence d'une faute et mesurer son degré de gravité dans le contentieux de la responsabilité, soit, plus simplement, pour opérer la qualification de la circulaire dans un recours porté contre elle puisque la réponse à la question de la recevabilité suppose un examen au fond.

La jurisprudence reconnaît ainsi l'existence de toute une gamme de situations étagées entre la simple suggestion sans obligation ni sanction et l'ordre impératif en passant par la directive réservant la possibilité de dérogations. La qualité des nuances n'a d'autres limites que l'imagination des ministres et chefs de service.

Le critère du caractère impératif d'une circulaire d'ordre intérieur découle, en effet, de la compétence à donner des ordres, autrement dit, l'existence d'un lien hiérarchique entre l'auteur et le destinataire de la circulaire. La seconde condition est l'intention de donner un ordre. Le juge respecte ainsi l'autonomie de l'administration, s'efforce de limiter son emprise sur le fonctionnement intérieur des services. L'intention réelle ne doit pas être confondue avec l'affirmation de prétentions par l'auteur de l'acte. Elle se dégage de l'ensemble des dispositions de la circulaire.

Un arrêt très clair peut servir d'exemple. « Il résulte de l'instruction et il est confirmé par les termes de la circulaire ministérielle... accompagnant l'envoi de l'arrêté... aux préfets chargés... d'élaborer un règlement sanitaire... que, bien que le texte de l'acte attaqué... portait en tête une formule de nature à lui donner les apparences d'un arrêté exécutoire par lui-même, le ministre... en signant l'acte dont s'agit, n'a pas entendu édicter un règlement ayant ce caractère, ce qu'il n'aurait pu légalement faire, mais qu'il s'est seulement proposé d'établir un règlement-type pouvant servir de guide aux préfets et assurer une certaine unité entre les divers règlements départementaux à intervenir ».

Le Conseil d'Etat concit à l'irrecevabilité des critiques contre les « dispositions suggérées aux préfets » (CE 9 mars 1938. Union de la propriété bâtie. L 253). Non seulement ces dispositions ne sont pas réglementaires, mais elles réservent les facultés d'adaptation des préfets, ce qui n'est pas toujours le cas (CE 6 juillet 1956. FDSEA de Seine-et-Oise. D 1958.178).

Il reste qu'en l'état actuel de la jurisprudence, ce pouvoir de direction du ministre n'est normalement pas opposable aux tiers. Comme le dit M. Rivero, il n'est pas source de légalité générale et il ne joue qu'à l'intérieur du service.

§ 2. — *Le pouvoir de direction du ministre se limite au service*

Une nouvelle distinction doit être opérée au sein de la catégorie des circulaires non réglementaires selon leur destinataire.

1°) *Les circulaires adressées à d'autres administrations que celle qui est placée sous la direction du ministre ou du chef de service sont purement indicatives et dépourvues de force obligatoire.*

Il en va ainsi lorsque l'auteur de la circulaire s'adresse à ses égaux, par exemple lorsque deux ministres indiquent aux autres ministres dans quel esprit le Gouvernement entend voir appliquer un décret (CE 29 novembre 1961. Vaillot, n° 53.479) (cf. aussi CE 7 juillet 1950. Musslin. L 420).

La solution est la même lorsque le ministre instruit un service qui n'est pas sous sa dépendance hiérarchique proprement dite. La circulaire par laquelle le ministre du travail donne aux Caisse de Sécurité Sociale son interprétation d'un décret portant simplification des formalités administratives contient « seulement des indications » (CE 5 février 1960. Caisse d'Allocations Familiales de Meurthe-et-Moselle. L 87).

A fortiori, la circulaire adressée directement au public, aux administrés eux-mêmes, ne peut-elle avoir un caractère impératif. Elle fournit des informations (CE 3 novembre 1961. Ecole Marie Tessier... AJDA 1961.645), énonce des prétentions (CE 10 février 1956. Syndicat des propriétaires viticulteurs... de Châteauneuf-du-Pape. L 94)...

Ces différentes solutions ont une valeur juridique et trouvent leur sanction devant le juge.

2°) *Le ministre ne peut donner force obligatoire à ses circulaires au-delà du champ d'application de son pouvoir hiérarchique sous peine d'illégalité.*

Par hypothèse, dans la plupart des cas, il ne possède aucun moyen de contrainte à l'égard des contrevenants éventuels, ce qui suffit normalement à décourager ses velléités. Aucune difficulté ne se pose lorsqu'il suffit au destinataire de la circulaire de ne pas en tenir compte pour que son caractère impératif s'évanouisse, comme dans le cas du ministre qui reçoit d'un collègue une instruction sur la façon d'appliquer un texte.

Si l'auteur de la circulaire peut passer à son application sans accord de l'intéressé, le juge ne peut s'y opposer qu'en lui donnant un caractère réglementaire (CE 29 janvier 1954. Institution Notre-Dame du Kreisker. RPDA 1954.50, conclusions Tricot).

La sanction est identique si l'intention de lui donner un caractère impératif est trop clairement exprimée. Dans l'arrêt précité du 5 février 1960, Caisse d'Allocations Familiales de Meurthe-et-Moselle, le ministre fixe certains modèles d'imprimés et en ordonne l'emploi. Le juge annule cette disposition, car le ministre est incompétent pour « imposer des obligations » sans texte à des organismes qui sont seulement sous sa tutelle. (Même solution: CE 22 juin 1966. Chambre d'agriculture de l'Aisne. L 409).

Le champ d'application de la circulaire intervient donc dans l'appréciation de sa nature juridique. Une directive impérative est légale et obligatoire au sein du service, elle est un règlement pris par une autorité incompétente en dehors du service à moins que l'on ne préfère ne lui accorder qu'un caractère strictement indicatif.

Cette distinction n'est pas seulement sanctionnée dans l'attitude de l'auteur de la circulaire, elle l'est aussi dans l'attitude du destinataire.

3°) *Le destinataire n'est lié ni par les interprétations ni par les directives qu'il reçoit.* Sur le plan du contentieux de la décision la situation n'est pas très différente: le subordonné lui-même peut prendre une décision contraire à une circulaire sans qu'elle puisse être annulée pour ce seul motif. Mais la responsabilité engagée est tout autre. Aucune sanction disciplinaire ne peut être envisagée contre le destinataire non subordonné, car il ne commet aucune faute.

Bien au contraire, il n'a pas le droit de s'estimer lié par les circulaires reçues. Une décision prise manifestement sur ordre est entachée d'excès de pouvoir car l'autorité qui l'a prise a méconnu l'étendue de ses compétences.

Cette jurisprudence semble bien établie quoique les arrêts ne soient pas très nombreux (on imagine mal qu'un ministre n'applique les indications fournies par un autre que par crainte

révérentielle, on ne trouvera donc d'exemples que dans les rapports entre leur autorité de tutelle et les personnes soumises à cette tutelle).

Un arrêt fixant les compétences respectives du préfet et du directeur d'hôpital est intéressant pour sa motivation: le premier n'est pas le supérieur hiérarchique du second; est donc illégale une décision du directeur qui s'est estimé lié par un ordre du préfet et a ainsi agi au nom et sous l'autorité du préfet dans une matière étrangère à sa compétence. (CE 4 avril 1962. Ministre de la Santé Publique et Hôpital hospice de Langres c/ Dlle Jacquot. L 243.).

Dans un cas plus probant, des arrêtés municipaux ont été pris pour réglementer le commerce des œufs « en exécution d'une circulaire du préfet de la Sarthe, prescrivant au 385 maires des communes rurales de son département, de prendre un arrêté ». Ces mesures ont pour objet de protéger les consommateurs des centres urbains or, « l'article 97... ne donne au maire le pouvoir de prendre des mesures de police que dans l'intérêt de sa commune »; elles sont donc illégales (CE 29 juillet 1950. Fédération nationale des syndicats de grossistes L 482).

4°) Le juge n'entend pas nier l'existence d'un pouvoir d'instruction de l'autorité centrale sur les collectivités et établissements décentralisés. Ce pouvoir existe, il répond aux besoins de la pratique et des autorités inférieures qui doivent être guidées. Le pouvoir d'instruction fait partie des pouvoirs de tutelle.

Mais il ne peut évoluer en un pouvoir de direction. Les circulaires n'ont aucune valeur obligatoire car les personnes publiques secondaires ont une autonomie et des intérêts propres qui leur sont garantis légalement et qu'elles peuvent et doivent défendre.

Le juge, sans contrôler la circulaire elle-même, est armé pour sanctionner ses conséquences irrégulières. En dehors du service ce qui est une notion plus restrictive et plus précise que celle d'ordre intérieur, une circulaire ne peut être impérative sans porter atteinte à l'aménagement légal des compétences.

Il s'ensuit que le pouvoir de direction du ministre et du chef de service est limité aux administrations placées sous leur autorité hiérarchique. Dans ce cas, seulement, il est assorti d'une obligation juridique sanctionnable.

Le terme d'instruction recouvre donc deux réalités différentes non seulement en fait mais aussi en droit positif.

Au terme de cette analyse, il semble bien que la jurisprudence ait permis la constitution d'un pouvoir de direction qui appartiendrait en premier lieu au ministre, mais aussi à tous les chefs de service (préfets, directeurs, maires...). Ce pouvoir est défini et distinct du pouvoir d'instruction ordinaire à la fois par sa portée et par son champ d'application. Il entraîne d'ores et déjà d'importantes conséquences juridiques.

§ 3. — *La place du pouvoir de direction du ministre dans l'ordre juridique*

La jurisprudence actuelle s'oppose à une intégration générale des circulaires dans la hiérarchie légale des actes juridiques. Les correctifs apportés à cette solution ne sont que des palliatifs et une révision de la jurisprudence serait utile et possible.

A - LA TENDANCE A L'INTÉGRATION DES CIRCULAIRES DANS L'ORDRE JURIDIQUE

Les difficultés de compétence peuvent être levées de deux façons : l'appréciation extensive de la compétence des autorités administratives et l'intervention directe du législateur.

1°) *L'appréciation extensive de la compétence des autorités administratives*

Les titres de compétence peuvent être interprétés extensivement pour fonder le droit de l'auteur de la circulaire à prendre un règlement. (CE 28 juin 1935. Caisse d'épargne de Strasbourg L. 732. CE 7 février 1951. Dame Martinez L. 77). A la limite, il y a une concession implicite du pouvoir réglementaire.

Un autre procédé est plus exceptionnel : lorsqu'un texte supérieur renvoie à une instruction déjà prise, il lui communique sa force et l'introduit dans l'ordonnement juridique (CE 30 janvier 1914. Decormis CE 4 novembre 1942. Association nationale des engagés volontaires L. 303). Ce palliatif est parfois utilisé par le législateur : une instruction du 31 décembre 1908 à laquelle renvoie une loi du 29 mai 1914 a un caractère législatif (CE 29 mai 1964. Boyreau et Laboille-Moresmau (droit fiscal n° 28, conclusions Bertrand).

2°) *L'intervention du législateur.*

La situation actuelle est particulièrement peu satisfaisante en matière fiscale où la circulaire est devenue une source importante du droit malgré les principes proclamés depuis 1789. L'incompétence théoriquement absolue de l'administration conduit le juge à appliquer de façon très stricte sa jurisprudence. Les atteintes au principe d'égalité devant l'impôt sont alors presque insaisissables. (CE 13 décembre 1948 X. R.S.L.F. 1949.8) car les tolérances et les discriminations n'apparaissent pas dans le contentieux des mesures individuelles et les changements d'interprétation d'un texte légal justifient des rappels d'imposition (CE 1^{er} mai 1931. 6^e espèce L 470) ou des exonérations limitées

à certains contribuables (CE 1^{er} avril 1955. Ville d'Arles L. 195) (53).

Le ministère avait admis en pratique de ne pas faire rétroagir les interprétations défavorables. La loi du 28 décembre 1959 (article 1649 septies G du code général des impôts) apporte une garantie légale : « Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures lorsque la cause du rehaussement envisagé par l'administration étant un différend sur l'interprétation d'un texte fiscal par un redevable de bonne foi, il sera établi que l'interprétation sur laquelle est fondée la première était à l'époque formellement admise par l'administration.

Cette interprétation apparaît surtout dans les circulaires et notes de services (54). Devant le juge de l'impôt et pour l'application de cet article, elles seront donc assimilées à des actes réglementaires tenus par le principe de non-rétroactivité. L'exception d'illégalité est la voie implicitement offerte par la loi. Si l'interprétation d'un texte lie l'administration, la circulaire prend la valeur d'un règlement d'application. Cette solution peut difficilement se cantonner dans un domaine aussi réduit. Mais même étendue, elle ne reste qu'un palliatif insuffisant aussi longtemps que le juge ne modifie pas son attitude.

B. - LA POSSIBILITE D'INTÉGRER DANS LA LÉGALITÉ LE POUVOIR DE DIRECTION DU CHEF DE SERVICE.

1°) Le processus suivi par le pouvoir d'organisation du service de la jurisprudence Jamart pourrait être reproduit pour le pouvoir de direction du service.

Ce pouvoir pourrait recevoir le même fondement (les nécessités du bon fonctionnement du service) le même titulaire (le chef de service) le même champ d'application (le service, ses agents et ses usagers). Ses limites seraient similaires (caractère subordonné et subsidiaire).

La consécration de ce pouvoir ne bouleverserait pas la répartition des pouvoirs. Elle officialiserait les pouvoirs que détient en fait le chef de service mais elle aurait pour but exclusif de permettre au chef de service de régler l'exercice des prérogatives légalement conférées à lui-même et à ses subordonnés sans pour autant pouvoir accroître les sujétions des administrés.

Les modalités d'application des lois et règlements et de mise en œuvre des pouvoirs discrétionnaires pourraient être soumises

(53) Cf. Tournias, *Les circulaires fiscales* J.C.P., E.N. 1961, n° 1620.

(54) Pour plus de détails, cf. note LALUMIERE, précitée R.S.F. 1965.89.

C.E., 2 mars 1966, Amiard. C.E., 9 mars 1966, Sieur... C.E., 11 mars 1966. Ministre des Finances et des Affaires économiques c/ Société « Etablissements Pionnier », A.J.D.A. 1966.622, note Drago. Le juge et l'administration semblent avoir fortement réduit la portée de la loi. Il n'en reste en pratique qu'une procédure de demande individuelle de renseignements.

CHAPITRE III

LES POUVOIRS REGLEMENTAIRES DES AUTORITES PUBLIQUES AUTRES QUE LES MINISTRES

La tradition française en matière administrative est centralisatrice. Elle l'est particulièrement en ce qui concerne le pouvoir réglementaire qui est considérée comme un pouvoir exceptionnellement important à réserver à un petit nombre d'autorités.

Dans l'administration classique, en dehors des autorités gouvernementales ou plus exactement du chef de l'Etat lui-même, seul, le maire et le préfet avaient vocation à recevoir des attributions à caractère réglementaire. Encore s'agissait-il surtout du pouvoir de police générale qui était décentralisé par la force des choses.

Le développement de l'intervention étatique a, nous l'avons déjà souligné, provoqué une inflation du pouvoir réglementaire. Celle-ci a bénéficié aux autorités gouvernementales comme le montre l'article 37 de la constitution de 1958. Mais cette centralisation est en partie fictive.

L'ampleur même des tâches à assumer impose techniquement une déconcentration du pouvoir réel de décision. L'auteur effectif de la décision n'est pas toujours le titulaire formel de la compétence. Les mécanismes de délégation deviennent une nécessité inévitable.

Les attributions propres des diverses autorités administratives se sont aussi accrues considérablement. Mais le phénomène le plus nouveau est l'extension du procédé au-delà du cercle restreint des autorités à compétence générale.

Il n'est pas jusqu'aux personnes privées qui n'aient été associées à l'action administrative au point de recevoir dans certains cas un pouvoir réglementaire.

Il est donc hors de question de faire un tableau complet de la répartition des compétences entre les autorités secondaires.

Ce ne serait qu'un énorme catalogue difficile à établir, impossible à tenir à jour et dénué d'intérêt.

Section I. — Le cas particulier du pouvoir de police.

1°) La police administrative tient une place particulière dans l'aménagement des compétences du fait même de sa nature et cette situation était encore plus marquée autrefois que de nos jours.

Dans un régime qui limitait l'administration à l'exécution des lois, le pouvoir de police apparaissait comme spontané et autonome. Il était de ce fait rebelle à l'intégration dans les doctrines classiques et suspect poiriquement dans la tradition libérale du XIX^e siècle.

La thèse bien connue de M. P.-H. Teitgen met en lumière le scandale doctrinal que fait éclater le pouvoir de police : « Dans son sens statique qui est son sens étymologique le mot *police* désigne l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires qui ont pour but de maintenir un certain *ordre* dans la cité... Mais en vérité, la police fait essentiellement partie de la compétence naturelle du pouvoir exécutif... Seul le pouvoir exécutif se trouve... en état d'édicter ces prescriptions au fur et à mesure des besoins. Et comme il est d'autre part, sous tous les régimes, responsable de l'ordre immédiat, force est de conclure que le pouvoir réglementaire de police lui appartient par nature et par fonction » (1).

« Le pouvoir réglementaire de police est donc le pouvoir que possède par nature l'autorité exécutive de prescrire « sans postulation de personnes », « en dehors de toute délégation législative », les mesures qui sont nécessaires au maintien du bon ordre, de la sécurité et de la salubrité publiques » (1).

Malgré Duguit, il existe donc spontanément car « il a pour fondement la nature des choses, les nécessités de l'ordre public dont il est responsable et qu'il doit défendre comme la première exigence du groupement social pour lequel il agit, si bien qu'il tire ses pouvoirs et sa compétence de la fonction qu'il doit remplir, beaucoup plus que des délégations expresses de la loi... » (2).

Malgré Hauriou, le titulaire de ce pouvoir « ne possède pas seulement les droits qui lui sont attribués par des textes spéciaux. Il peut improviser toutes les mesures qu'appellent chaque jour les exigences de fait du bon ordre... » (3).

Il existait donc un pouvoir réglementaire qui était adminis-

(1) P.-H. TEITGEN, *La police municipale*, thèse Nancy 1934, p. 1 à 3.

(2) P.-H. TEITGEN, Thèse, p. 123, cf. DUGUIT, traité, 2^e éd., tome III, p. 603.

(3) P.-H. TEITGEN, Thèse, p. 375, cf. HAURIOU, notes aux S. 1898.3.145, 1899.3.1, 1901.3.1.

Le pouvoir réglementaire de police n'est pas une compétence dont le contenu puisse être déterminé par le seul fait de son caractère réglementaire. En sens inverse la théorie du pouvoir de police n'apprend pas grand chose sur le pouvoir réglementaire.

Tout au plus peut-on établir qu'en faisant choix d'un procédé, l'autorité de police est tenue d'en accepter les conséquences ; par exemple, les conséquences du principe d'égalité devant les règlements. Mais dans le cas de la police, plus clairement encore que dans celui de l'exécution des lois, il apparaît que l'édition de règlements n'est pas en soi une prérogative distincte mais seulement un procédé pour l'exercice d'une compétence, même s'il peut y avoir confusion entre les deux aspects.

L'existence implicite d'un pouvoir réglementaire dans toute compétence en matière de police prend alors un sens beaucoup plus bénin. Une telle solution n'est pourtant pas admise dans d'autres hypothèses.

Section II. — Les pouvoirs réglementaires des autorités secondaires de l'état

Les autorités administratives de droit commun sont, pour l'Etat, le président de la République et le premier ministre en matière réglementaire, les ministres dans la plupart des autres cas.

Par conséquent, les autorités secondaires de l'Etat n'ont que les pouvoirs qui leur sont expressément délégués par les autorités supérieures ou conférées par une loi ou un décret.

Les hauts fonctionnaires des administrations centrales bénéficient surtout d'importantes délégations de signature. Il est assez rare qu'ils soient dotés d'un pouvoir réglementaire propre.

Une des exceptions les plus remarquables a disparu : un décret du 21 décembre 1959 a supprimé l'office des changes qui détenait par délégation du ministre des finances un pouvoir réglementaire en matière d'importation : les avis aux importateurs, malgré leur nom et l'absence de toute signature, étaient obligatoires et il est à noter que ce pouvoir était établi par un décret et non une loi (6).

Les autorités déconcentrées, et plus particulièrement, les préfets et les maires, reçoivent beaucoup plus fréquemment des attributions propres. Le principe qui leur dénie tout pouvoir propre de décision est tempéré par l'argument des avantages de la déconcentration qui ne pouvait jouer au même degré dans le cas précédent.

(6) Cf. WALINE, *Droit Administratif*, n° 198.

Note QUERMONNE au D. 1952.456.

Note WALINE à la R.D.P. 1955.391 sous C.E., 12 novembre 19594 dame CALDERON.

Il s'en suit une multiplication de textes spéciaux. Les attributions juridiques des préfets ont fait l'objet d'une étude systématique qui révèle l'ampleur de ce phénomène (7).

Le préfet, en tant qu'agent de l'Etat, détenait 122 attributions distinctes en 1861. Ce chiffre montait à 2.457 en 1951, moins d'un siècle plus tard, compte non tenu de ses 80 attributions en tant qu'agent du département.

Il n'est évidemment pas question d'étudier le contenu de chacune d'entre elles, bien qu'une faible proportion concerne les pouvoirs réglementaires.

Le développement historique de ces prérogatives mérite par contre d'être souligné. 1.722 étaient antérieures à la IV^e République, 639 avaient été conférées entre 1946 et 1951, soit plus du quart en moins de cinq ans.

Les lois et décrets passent de 61 % à 32 % du total des textes recensés. Toutes les autres attributions sont conférées par des arrêtés, des instructions et de simples circulaires (respectivement 26 % et 54 % du total). En quelques années la part des textes inférieurs a doublé et représente plus des deux tiers des titres de compétence.

« De plus en plus, la circulaire ministérielle exprimant la volonté d'un seul ministre se substitue à la loi et au décret déléguant au préfet le soin de faire exécuter la décision du législateur ou du gouvernement » conclut M. Bonnaud-Delamare.

On peut ajouter que si cette tendance se poursuit, l'inflation du pouvoir réglementaire sera sans cesse plus désordonnée et échappera au contrôle du gouvernement lui-même.

Les réformes récentes de l'administration départementale tendent à faire du préfet le seul titulaire local des pouvoirs de l'Etat (décrets du 14 mars 1964). Lui seul peut bénéficier de délégations de la part des ministres. Sauf exceptions les autres agents de l'Etat ne peuvent obtenir que des subdélégations de la part du préfet lui-même et encore sous forme de délégations de signature.

Un certain remembrement de l'administration se fait donc jour. Son premier effet est d'accroître encore les attributions des préfets déjà titulaires d'innombrables compétences réglementaires en matière de police notamment. Leur hétérogénéité qui défie toute description est intimement liée au principe qui dénie aux autorités secondaires de l'Etat tout pouvoir propre de décision (8).

(7) BONNAUD-DELAMARE, *Les attributions juridiques des préfets et des sous-préfets*.

(8) Le juge hésite à parler de pouvoir réglementaire et préfère le terme de « compétence pour établir des règles générales ayant un caractère obligatoire » à propos du Comité technique d'action sanitaire et sociale : C.E., Ass. 14 mai 1965, Caisse régionale de Sécurité Sociale de Strasbourg, R.D.P. 1966.363.

Section III. — Les pouvoirs réglementaires des autorités des collectivités locales.

L'organisation administrative des collectivités locales établit une dualité d'autorités : départements et communes sont dirigées par une autorité délibérante (conseil général et conseil municipal) et une autorité exécutive (préfet et maire).

Outre le problème des attributions reconnues aux collectivités locales, se pose donc celui de la répartition des compétences entre les deux organes.

Les principes étant les mêmes pour les départements et pour les communes, leur étude sera poursuivie simultanément, avec une référence plus marquée aux problèmes municipaux dont l'intérêt pratique et théorique est plus grand.

§ 1. — Les autorités délibérantes.

1°) Le régime légal de droit commun confie compétence générale aux autorités délibérantes des collectivités locales. Il existe cependant quelques exceptions à cette règle.

La loi locale d'Alsace-Lorraine fait du maire et non du conseil municipal l'organe compétent en l'absence de dispositions particulières (9). En fait, la différence avec la loi de 1884 n'est pas très importante et elle s'atténue régulièrement avec l'introduction progressive du droit national.

La ville de Paris pour sa part est soumise depuis la Convention à un régime spécial. Le conseil municipal de Paris n'avait compétence que sur la base d'un texte exprès, et les deux préfets se partagent l'ensemble des autres attributions qui sont ainsi sensiblement plus larges que celles d'un maire ordinaire, mise à part la présidence du conseil.

La loi n° 64.707 du 10 juillet 1964 (J.O. 12 juillet 1964) portant réorganisation de la région parisienne n'a pas modifié cette situation. « La ville de Paris est une collectivité territoriale à statut particulier ayant des compétences de nature communale et départementale » (art. 2). « Le conseil de Paris exerce les attributions antérieurement dévolues au conseil municipal de Paris et, en tant qu'elles concernent Paris, celles antérieurement dévolues au conseil général de la Seine » (art. 4).

Après la disparition du département de la Seine, tous les départements sont soumis à la même règle formulée dans la loi du 10 août 1871 : elle appelle le conseil général à délibérer « généralement sur tous les objets d'intérêt départemental » (art. 48).

Elle est interprétée de la même façon que la règle beaucoup

(9) Cf. art. 17 de la loi locale : « le maire est seul chargé de l'administration des affaires communales dans la mesure où l'intervention du Conseil municipal n'est pas expressément requise ».

plus formelle et explicite qui est édictée en matière communale : « Le conseil municipal régie par ses délibérations les affaires de la commune » (article 40 du C.A.C.).

Dans les deux cas, l'autorité délibérante reçoit une compétence générale pour toutes les affaires de la collectivité en cause, indépendamment de tout texte spécial d'habilitation. Un texte est au contraire nécessaire pour fonder une intervention hors de ce domaine (par exemple dans la gestion d'un service public d'Etat).

Il faudrait donc déterminer l'étendue des attributions des collectivités locales, énumérer les services obligatoires, définir le droit de créer des services facultatifs. Une délibération doit se trouver à la base de toutes ces activités.

2°) La loi ne fait pas de distinction de nature entre les délibérations. La compétence qu'elle établit s'exerce indifféremment par des mesures individuelles et par des mesures réglementaires.

Certaines délibérations prévues par la loi ont un caractère particulier : autorisation donnée au maire ou au préfet de passer des contrats ou d'ester en justice. D'autres ont un caractère réglementaire : création et organisation d'un service public, détermination du statut des agents locaux, établissement de taxes (10). Beaucoup d'attributions supposent l'édition simultanée des deux catégories d'actes comme la gestion des biens de la commune ou du département.

De toutes façons, ces différents textes ne sont qu'énumératifs et non pas limitatifs. Ils ne font pas obstacle au pouvoir des conseils de prendre toutes les mesures nécessaires à la bonne administration de leur collectivité et non contraires aux lois et règlements. Ainsi « les articles 47 et 189 du C.A.C. mentionnent parmi les recettes ordinaires des communes : « le produit des droits de place dans les halles, foires et marchés d'après les tarifs dûment établis », mais ne fixent pas les bases de calcul de ces tarifs ; il appartenait au conseil municipal d'Oran... de fixer... les tarifs des droits perçus » et d'en déterminer librement l'assiette (CE 7 février 1962. Société industrielle de pêche. A.J.D.A. 1962.499).

La jurisprudence interprète donc la loi comme conférant une compétence absolument générale aux autorités délibérantes. Elle implique l'existence du pouvoir réglementaire correspondant parce qu'il est un procédé nécessaire à l'exercice régulier de cette compétence. Mais la délibération doit être suivie d'une exécution qui est réservée à une autre autorité.

(10) On peut souligner que par dérogation à la règle qui fait du maire l'autorité de police municipale, deux textes spéciaux donnent au Conseil municipal un pouvoir réglementaire de police : délibérations relatives au mode de jouissance des communaux et à la vaine pâture (articles 68 et 69 de la loi de 1884).

§ 2. — *Les autorités exécutives. L'exemple du maire.*

Le système français d'origine napoléonienne confie à une autorité unique le « pouvoir d'action » car si délibérer est le fait de plusieurs, agir est le fait d'un seul.

Mais il ne limite pas le préfet et le maire à des fonctions strictement départementales ou communales. Tous deux ont d'importantes attributions en tant qu'agent de l'Etat. Ce qui a déjà été observé pour le préfet est valable pour le maire : ces autorités secondaires n'ont que des pouvoirs qui peuvent être fondés sur un titre exprès (11).

La détention du pouvoir réglementaire en ces matières ne peut donc être reconnue que par l'analyse des dispositions de chaque texte. Au contraire du préfet qui exerce de nombreux pouvoirs de police le maire ne semble pas devoir prendre beaucoup d'arrêts réglementaires au nom de l'Etat : les actes d'état-civil, les actes de police judiciaire, la délivrance des permis de construire conservent un caractère particulier.

Agent de la commune, le maire dispose de pouvoirs propres qu'il exerce sans contrôle du conseil municipal : il lui revient d'assurer l'ordre public dans la commune, c'est-à-dire qu'il est chargé de la police municipale et rurale (art. 76 C.A.C.). Ses fonctions proprement exécutives sont autres :

« Le maire est chargé, sous le contrôle du conseil municipal et la surveillance de l'administration supérieure : ... 10° et d'une manière générale d'exécuter les décisions du conseil municipal » (art. 75 C.A.C.).

Une formule analogue est employée pour le préfet qui est « chargé de l'instruction préalable des affaires. ... ainsi que de l'exécution des décisions du conseil général et de la commission départementale » (art. 3 de la loi du 10 août 1871).

Le préfet comme le maire sont donc investis d'une compétence générale d'exécution des délibérations qui fait le pendant de la compétence générale de décision du conseil général et du conseil municipal.

L'étude de la notion d'exécution des lois avait conduit à cette conclusion qu'il existait en droit français une solution générale selon laquelle l'exécution d'une norme supérieure impliquait la détention du pouvoir réglementaire.

Il reste à vérifier dans quelle mesure cette conclusion est valable pour le pouvoir d'exécution des délibérations. La recherche sera axée sur les rapports entre le maire et le conseil municipal qui se trouvent être beaucoup plus nombreux et mieux connus que les rapports entre préfet et conseil général.

(11) Le Code d'Administration Communale consacre explicitement cette solution dans son article 77 : « le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure : ... 3° Des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois ».

A. - L'EXERCICE D'ARRÊTÉS RÉGLEMENTAIRES D'EXÉCUTION DES DÉLIBÉRATIONS.

Le maire dispose incontestablement de deux prérogatives propres qu'il exerce sous le contrôle du conseil municipal et qui ont pour effet de lui conférer un certain pouvoir réglementaire.

1°) En vertu de l'article 75, 1^{er} alinéa du code, le maire a la qualité d'administrateur des propriétés communales et peut faire en conséquence tous les actes conservatoires des droits de la commune.

Cette disposition doit être combinée avec la disposition plus générale qui fait du conseil municipal l'autorité délibérante de droit commun.

Le conseil peut donc valablement délibérer sur les conditions de gestion des biens communaux de toute nature (CE 15 février 1963. Chaussé A.J.D.A. 1963.413, délibération sur les conditions d'exercice du droit de chasse sur les terrains de la commune).

Le maire peut concurremment prendre des arrêtés sur le même sujet. Ces mesures n'ont pas le caractère d'arrêtés de police assortis d'une sanction pénale (CE 6 juin 1913. Etienne). Mais elles peuvent prendre la forme de règlements (CE 16 décembre 1955. Union locale des syndicats C.G.T. de la région de Versailles. L. 592, arrêté sur les conditions d'utilisation de la maison des syndicats). (Cass. 1^{re} février 1927.S.1927.1.205). (Cass. Crim. 11 février 1951 R.D.P. 1951.497 note Waline). (Pour un règlement de gestion de biens situés hors de la commune. T.A. Poitiers 5 février 1965. Dame Delage. L. 722).

Le maire ne peut faire que des actes d'administration et de conservation, dans le sens que le droit civil donne à ces termes. Le conseil municipal est seul compétent pour disposer des biens communaux. Son domaine d'intervention est donc plus large que celui du maire mais ils se recoupent.

Dans le domaine commun « les pouvoirs d'administrateur du maire lui permettent de décider sans accord préalable du conseil, mais celui-ci peut réglementer, c'est-à-dire fixer de manière générale les conditions d'utilisation des locaux communaux » (12).

Si le conseil est intervenu, le maire doit exécuter ses délibérations. Il est évidemment chargé de prendre les mesures particulières d'application comme la passation des contrats (CE 18 janvier 1935. Didier L. 67). Mais il peut aussi édicter des règlements d'application.

En pratique il reprend la délibération dans un arrêté afin de la publier et de la rendre applicable. Mais rien n'empêche qu'il en précise les dispositions ou qu'il ajoute des dispositions nouvelles non contrares à celles que le conseil a adoptées (CE 10 juillet 1954. Brouillard L. 453).

(12) MORGAND, *Commentaire de la loi municipale*, éd. 1952, n° 870.

Il est d'ailleurs assez logique que le conseil lui-même charge le maire de prendre certaines mesures d'application (CE 18 janvier 1935. Didier. L. 67. En édictant les conditions de location du théâtre de la ville, le conseil charge le maire de fixer le prix des places).

La compétence du maire ne disparaît pas devant celle du conseil. Elle subsiste intacte mais subordonnée. Elle s'exerce sous forme de mesures réglementaires ou particulières d'application selon les règles générales qui caractérisent la fonction d'exécution (13).

2°) Le maire dispose d'une seconde compétence propre qu'il exerce sous le contrôle du conseil municipal. Du fait de sa qualité d'autorité exécutive et en vertu de plusieurs textes particuliers, il est chef des services municipaux.

Il est ainsi le supérieur des agents municipaux avec toutes les prérogatives attachées au pouvoir hiérarchique. Le conseil municipal ne peut pénétrer dans ce domaine mais il l'enserme de fort près en édictant les règles statutaires qui ne sont pas fixées par un texte supérieur ou en fixant la liste des emplois permanents (art. 478 C.A.C.).

Pour les mêmes raisons, le maire est chargé d'organiser les services municipaux : « La création de tout service municipal... doit être décidée par le conseil municipal... Une fois le service créé, il appartient au contraire, au maire de l'organiser dans les conditions déterminées par le conseil municipal et dans la limite des crédits votés en vue de son fonctionnement » (14).

Le maire dispose évidemment des pouvoirs propres du chef de service. Il peut réglementer seul l'organisation interne et le fonctionnement du service (CE 23 mars 1962. Casabianca L. 207, heures d'ouverture des bureaux de la mairie). Ces pouvoirs reposent sur la jurisprudence Jamart (15) : ils existent sans texte mais n'ont qu'un caractère subsidiaire et changent de nature dès qu'apparaît un autre fondement possible.

En l'occurrence, le conseil municipal, en créant le service ne peut éviter d'en régler partiellement l'organisation et le fonctionnement. C'est en effet par l'édition de ces conditions qu'il définit le service.

Lorsque le maire pourvoit aux modalités d'aménagement du

(13) Le maire dispose d'importants pouvoirs d'administration à l'égard du domaine public : selon M. FELIX (Les administrateurs de la commune p. 118) « en tant qu'il est chargé de la gestion et de la police du domaine public de la commune, le maire a pour mission de réglementer les conditions d'usage de ce domaine ». Mais il s'agit alors de police de la conservation du domaine, compétence qui se fonde sur d'autres textes notamment l'article 99 du Code. Il est d'ailleurs remarquable de constater que l'agencement de cette compétence a suscité l'apparition d'un pouvoir réglementaire à partir du droit de prendre des mesures particulières comme la délivrance de permissions de voirie.

(14) FELIX, *Les administrateurs de la commune*, précité p. 117 et sq.

(15) Cf. *infra*, II^e partie, titre III.

service et en assure la gestion, il est amené à exécuter une délibération du conseil municipal. Il exerce alors un pouvoir réglementaire d'exécution.

Le degré de précision de l'acte institutif peut être très variable : la délibération octroyant une subvention à un médecin peut être considérée comme un règlement créant un service public (CE 29 mars 1901. Casanova S 1901.3.73 note Hauriou), de même que celle qui charge le maire de faire exécuter des travaux de protection des cultures (CE 17 octobre 1947. Commune de Gilley L. 382). En sens inverse, l'article 342 C.A.C. impose l'adoption de règlements très détaillés dans le cas de certains services industriels et commerciaux.

La frontière entre pouvoir propre du chef de service et pouvoir d'exécution du maire est donc floue mais l'existence d'arrêtés réglementaires d'exécution des délibérations ne peut pas être niée dans ce cas. Il faut admettre pour le moins que les arrêtés ne peuvent contrevenir aux dispositions des délibérations.

Dans deux hypothèses très importantes, le maire est doté d'un pouvoir réglementaire d'exécution des délibérations du conseil municipal. S'agit-il de solutions particulières qui dérogent à une règle générale ou qui au contraire la mettent en œuvre ?

B. - L'EXISTENCE D'UN POUVOIR RÉGLEMENTAIRE D'EXÉCUTION DES DÉLIBÉRATIONS.

1°) Le terme d'exécution est toujours ambigu car il ne précise pas la nature des mesures qu'il implique. Le droit positif l'emploie dans deux sens différents.

Ainsi, lorsque le C.A.C. dans son article 77 charge le maire « de la publication et de l'exécution des lois et règlements », il ne lui confie pas un pouvoir analogue à celui du premier ministre en vertu de l'article 20 de la constitution.

Le maire n'est chargé que d'une exécution purement matérielle qui ne comporte pas l'édition d'actes juridiques sauf évidemment sur la base d'un texte spécial. Le premier ministre est au contraire investi du droit de prendre des décisions administratives d'exécution.

L'exécution des délibérations du conseil municipal englobe indiscutablement l'accomplissement de tous les actes matériels qui s'y rattachent. Entraîne-t-elle compétence pour prendre des actes juridiques ?

Une série d'indices sont en faveur d'une réponse affirmative. La loi municipale elle-même prévoit que le maire prend de nombreux actes juridiques en exécution d'une délibération : marchés, baux, adjudications, contrats divers, actions en justice sont cités comme tels par l'article 75.

Le caractère simplement énumératif de cette liste qui résulte de sa rédaction, conduit donc à l'idée que l'article 75 - 10° consacre une compétence juridique.

La pratique n'en a d'ailleurs jamais douté : elle a toujours reconnu au maire le droit de prendre des mesures particulières d'exécution (CE 26 juin 1896. Commune de Montagnac ; retrait de concessions d'eau pour violation du cahier des charges délibéré par le conseil. CE 15 février 1963. Chaussé A.J.D.A. 1963. 413, refus d'accorder un droit de chasse, les conditions exigées par le conseil n'étant pas remplies). Certaines sont indiscutablement des décisions exécutoires (CE 27 octobre 1937. Montfort L. 862. Licenciement d'un secrétaire de mairie pour assurer l'exécution d'une délibération interdisant les cumuls).

2°) Parmi ces décisions, certaines peuvent-elles avoir un caractère réglementaire ou, comme dans le cas des ministres, sont-elles en principe toutes particulières ?

Tous les arguments déjà exposés en faveur de l'exécution par voie réglementaire sont valables pour le maire comme pour les autres autorités exécutives. Ils tournent autour de l'idée qu'aucune règle ne peut être assez précise et détaillée pour faire l'objet d'une exécution purement mécanique.

De plus, la nécessité d'actes réglementaires pour harmoniser des compétences fondées sur des titres différents se fait particulièrement sentir en matière municipale.

Le maire est très souvent appelé à concilier l'exercice de ses pouvoirs de police avec l'exécution des délibérations. Il use des droits de police en réglementant la circulation et le stationnement des véhicules mais les droits de stationnement dans des parcs payant doivent être établis par une délibération. Un arrêté réglementaire, dont la nature est double, est le mieux à même d'assurer cette conciliation (CE 3 mai 1918. Société niçoise de transports S. 1924.331).

La dualité est particulièrement fréquente dans l'organisation des services publics ou dans la gestion du domaine public. Le besoin d'assurer l'unité du « tissu juridique » n'en est que plus sensible.

Enfin le maire est amené à utiliser ses pouvoirs de chef de service pour exécuter les délibérations. L'organisation administrative qu'il donne à tel service est liée en fait à la mission que lui assigne le conseil municipal. C'est par un arrêté réglementaire d'exécution que cette liaison peut s'effectuer dans les meilleures conditions.

D'un autre point de vue, il n'est ni souhaitable ni possible que l'autorité délibérante entre elle-même dans les détails d'application de ses décisions. L'autonomie nécessaire de l'autorité exécutive suppose la possibilité d'un renvoi à un texte inférieur.

Les exigences d'une bonne administration pousse donc à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire d'exécution des délibérations. C'est la médiation indispensable au passage de l'optique de l'organe délibérant à celle de l'organe exécutif. C'est la synthèse nécessaire à l'action administrative.

Puisqu'il repose sur des besoins pratiques, il ne fait pas de doute qu'un tel pouvoir existe en fait. L'analyse, terme par terme, de certains arrêtés publiant et rendant exécutoire une délibération le décèlerait sans peine. Un examen de certaines instructions d'ordre intérieur aboutirait à la même conclusion.

Mais le problème n'apparaît pas très fréquemment sur le plan contentieux : les solutions déjà admises en matière d'administration des propriétés communales ou de direction des services ont un champ d'application assez large pour suffire à la plus grande partie des besoins.

Un arrêt assez curieux semble pourtant suggérer un principe général. Un arrêté municipal organisant un concours pour le recrutement d'agents communaux se rattache aux pouvoirs reconnus au maire pour la gestion des affaires communales par l'article 90 de la loi de 1884 (article 75 du C.A.C.), (CE 28 novembre 1962. Commune de Deuil-la-Baire et sieur Michard. L. 638). Il s'agit bien d'un règlement pris pour l'exécution d'une délibération créant des emplois nouveaux et prescrivant la tenue d'un concours de recrutement.

L'originalité de la solution tient à l'existence d'un texte spécial à la matière : « Le conseil municipal... fixe... les conditions de recrutement pour l'accès aux différents emplois. Le maire a la faculté de déterminer par arrêté les modalités d'application des règles de recrutement qu'il juge opportune » (art. 506 C.A.C.).

Le Conseil d'Etat aurait pu fonder la compétence du maire sur ce texte. Il a invoqué un fondement plus général pour aboutir à la même solution. A notre connaissance, il n'existe pas d'autres arrêtés comparables : en l'espèce il y a adjonction avouée à la délibération alors que le plus souvent la jurisprudence ne concerne que des arrêtés reproduisant les dispositions mêmes de la délibération.

La compétence réglementaire du maire en matière d'exécution n'en mérite pas moins d'être consacrée car pour reprendre une formule usée, elle correspond à la nature des choses même si son utilisation n'est pas aussi quotidienne que celle du gouvernement en matière d'exécution des lois. A une échelle différente, les mêmes problèmes se posent et doivent recevoir les mêmes solutions.

C. - LE RÉGIME JURIDIQUE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE D'EXÉCUTION DES DÉLIBÉRATIONS.

Ces solutions, dégagées à propos de l'exécution des lois, ont donc une valeur générale et peuvent être transposées, *mutatis mutandis*, pour définir le régime juridique du pouvoir réglementaire d'exécution des délibérations.

Toutefois si la notion d'exécution n'est pas fondamentalement différente, la situation des organes concernés n'est pas la même et des textes spéciaux viennent justifier des règles particulières.

tourner facilement la procédure établie par la loi pour faire intervenir l'autorité de tutelle.

D - LA PORTÉE DE CETTE COMPÉTENCE

A côté du pouvoir réglementaire de police municipale et rurale et du pouvoir réglementaire attaché à la police de conservation du domaine public, le maire détient donc une autre compétence générale : le pouvoir réglementaire d'exécution des délibérations qui est impliqué par la fonction assignée au maire par la loi.

La portée de cette conclusion doit être discutée et précisée pour éviter toute erreur d'appréciation. Elle est à la fois plus large et plus restreinte qu'il ne paraît à prime abord.

1°) Le pouvoir ainsi reconnu au maire a un caractère fonctionnel, c'est-à-dire qu'il est attribué, même implicitement, parce qu'il est nécessaire pour que le maire puisse remplir sa mission, parce que la loi ne peut refuser à une autorité les moyens propres à remplir sa mission.

Le fondement de ce pouvoir donne donc une valeur générale à la solution proposée dans le cas particulier du maire. Elle peut être étendue à toutes les hypothèses analogues dans lesquelles une autorité exécutive est chargée d'exécuter les décisions d'une autorité délibérante.

Elle s'applique pratiquement sans changement, aux autorités des différents groupements de communes. Le code d'administration communale procède par renvoi pour définir les compétences des présidents, comités et conseils des syndicats de communes ou des districts urbains.

L'arrêt du 28 novembre 1962, commune de Deuil-la-Barre et sieur Michaud (L 638 précité) effectue cette transposition : les pouvoirs du maire sont attribués sans modification au président du syndicat des communes.

La solution est aussi valable dans des cas analogues « comme agent d'exécution des délibérations du conseil général, le préfet prend des arrêtés réglementaires, estime M. Lachaume (17). La jurisprudence n'a pas explicitement confirmé une compétence admise en pratique et d'autant plus exemplaire qu'elle ne peut se confondre avec des compétences parallèles comme dans le cas du maire.

De façon plus générale, la même solution doit se retrouver dans toutes les collectivités publiques présentant la même structure de pouvoir.

2°) Mais elle ne doit pas laisser croire qu'elle provoque un accroissement considérable des prérogatives des autorités décentralisées. La politique administrative de la France conduit, au contraire, à une centralisation très grande du pouvoir réglementaire.

(17) LACHAUME. Thèse précitée p. 32.37.

Une évolution parallèle à celle qui existe en matière de police municipale se fait jour ici. Les règlements préfectoraux ou gouvernementaux de police ont limité en fait la compétence de principe du maire. Les règles édictées par les autorités supérieures restreignent aussi les facultés de libre administration des autorités communales.

La loi de 1952 sur le statut des agents communaux, les cahiers des charges-types des concessions, et des règlements-types des régies (art. 342 CAC) fournissent des exemples bien connus. Les procédés de tutelle permettent aussi d'imposer l'adoption de modèles de règlements.

Le pouvoir réglementaire est particulièrement atteint car sa nature se prête à une uniformisation et il est probable qu'en fait le pouvoir d'exécution des délibérations se réduit à assez peu de choses.

Section IV. — Les pouvoirs réglementaires des autorités des personnes publiques classiques.

Outre l'Etat et les collectivités locales, les personnes publiques classiques se composent de la catégorie fort hétérogène des établissements publics.

Du point de vue du pouvoir réglementaire, le régime juridique auquel est soumis leur activité présente une caractéristique commune : tous les actes généraux et impersonnels des personnes administratives classiques reçoivent la qualification d'actes réglementaires soumis à un régime de droit public (18).

Ces personnes disposent donc toutes d'une parcelle de compétence réglementaire qui n'a pas besoin d'être explicitement prévue. Leur statut relève, en effet, de la compétence du pouvoir réglementaire, réserve faite de l'intervention éventuelle du législateur. Si détaillées que soient les règles édictées par une autorité extérieure à la personne en cause, elles ne peuvent entièrement éliminer un certain pouvoir d'auto-organisation. Pouvoir sans texte du chef de service selon la jurisprudence Jamart ou compétence établie par le texte institutif ; dans tous les cas, les autorités de ces personnes sont appelées à prendre des règlements organiques.

Toutes les autres compétences en matière réglementaire doivent, par contre, se fonder sur un texte précis. Ce principe, qui n'a rien d'original par lui-même, prend son importance du rapprochement avec le principe de spécialité qui régit les attributions des établissements publics.

Les collectivités locales sont soumises au même principe, mais leur mission est de veiller aux intérêts communs d'une communauté territorialement déterminée, ce qui leur laisse une large

(18) Cf. *supra*, 1^{re} partie, chapitre III.

marge d'initiative. La spécialité des établissements publics est étendue plus strictement, au niveau des activités elles-mêmes.

Il en résulte que la compétence en matière réglementaire doit être déterminée séparément pour chaque établissement ou chaque catégorie d'établissement.

Par hypothèse, le établissements publics à caractère industriel et commercial ne sont pas dotés de pouvoirs réglementaires dans la mesure où leur caractère se fonde sur l'exercice d'une activité d'échanges et de productions et sur la ressemblance avec les entreprises privées analogues.

La multiplicité des établissements publics administratifs décourage par avance toute tentative de description. La plupart jouissent de certaines prérogatives de puissance publique qui ne sont pas liées à leur statut constitutionnel et doivent être prévues par un texte.

La concession du pouvoir réglementaire reste pourtant assez rare. Avant 1914, il paraît difficile d'en faire bénéficier d'autres autorités que le Gouvernement, les préfets ou les maires. Les établissements publics créés à cette époque en sont généralement privés (les chambres de commerce par exemple, sauf en ce qui concerne la police intérieure des bourses de commerce).

Cette tendance s'est infléchie depuis lors, mais beaucoup d'organismes contemporains n'entrent plus dans les catégories classiques. Le développement de l'économie dirigée et réglementée n'a pas fait beaucoup appel au procédé de l'établissement public sauf quelques exceptions importantes comme l'Office National Interprofessionnel des Céréales.

La répugnance traditionnelle à démembrer le pouvoir réglementaire survit donc dans ce secteur. Les pouvoirs de police, c'est-à-dire la réglementation des activités privées reste entre les mains des représentants de l'Etat dont l'intervention est, en outre, fréquente lorsque l'activité d'un établissement public implique l'édiction d'un règlement.

La loi et le règlement interviennent donc surtout pour aménager les structures internes des personnes publiques et notamment pour confier un pouvoir d'organisation et de direction à d'autres autorités que celles qui émergeraient spontanément. Ainsi, le règlement intérieur des bibliothèques universitaires est pris par le recteur d'académie et non par le bibliothécaire lui-même et de la même façon, le recteur est substitué aux autorités de nombreux établissements de sa circonscription. La pratique est la même qu'à l'égard des services non personnalisés (le règlement intérieur des écoles du premier degré est arrêté par le Conseil départemental de l'enseignement primaire et non par le directeur d'école). Elle a dans l'ensemble un effet centralisateur.

Section V. — Les pouvoirs réglementaires des autorités des personnes autres que les personnes publiques classiques.

Depuis 1930 environ, de nouvelles catégories d'organismes mal définis sont apparus et se sont imposées en marge des catégories classiques.

Elles ont provoqué une dissociation entre les notions d'autorité administrative et d'acte administratif, de personne publique et de service public. Un régime juridique nouveau a dû être improvisé pour leurs actes.

Quelle que soit la nature publique ou privée de l'autorité qui les prend, ces actes ne sont administratifs que s'ils concernent l'exécution d'un service public administratif et manifestent l'exercice de prérogatives de puissance publique (19).

Ce nouveau critère est valable pour les actes réglementaires comme pour les autres. Il devrait, en principe, restreindre considérablement la compétence réglementaire de ces organismes.

Les mesures prises pour l'organisation du service public ne constituent pas des règlements organiques régies par le droit administratif mais des décisions internes qui relèvent de la compétence du juge judiciaire sauf si elles concernent l'exercice des prérogatives conférées à l'organisme (CE 18 février 1955. *Offner*. D 1955.224).

Cette décision fait disparaître la seule compétence générale de ces organismes. Il ne subsiste que les prérogatives formellement conférées par un texte pour l'exécution du service.

Les organismes dont l'activité est industrielle et commerciale sont entièrement privés du pouvoir réglementaire. Il en va ainsi, par exemple, pour les organismes issus des nationalisations : même des actes aussi indiscutablement généraux que les statuts du personnel conservent une nature privée.

Mais paradoxalement, certaines de ces personnes à la nature ambiguë ont reçu des pouvoirs réglementaires très étendus. La plupart des comités d'organisation ont disparu, mais les ordres professionnels régissent toujours les plus importantes des professions libérales.

Sous des modalités différentes, ces ordres sont chargés d'élaborer et le plus souvent d'édicter des codes de déontologie dont la force obligatoire est accrue par une répression disciplinaire. Ils exercent ainsi un pouvoir réglementaire très important puisqu'il régit directement les activités des particuliers.

Ils montrent à quel point la société étatique reste un groupe de groupes et le droit national un droit d'intégration. Ils sont les seuls organismes à se voir reconnaître les fonctions exécutive, législative et juridictionnelle à l'instar de l'Etat lui-même. Cette

(19) Cf. *supra*, 1^{re} partie, chapitre III.

situation exceptionnelle vient de ce qu'ils représentent des collectivités professionnelles très cohérentes.

Le même aspect de pouvoir professionnel autonome se retrouve rarement dans les organismes d'économie dirigée qui subsistent encore. Ces derniers se voient d'ailleurs rarement accorder un pouvoir de décision en matière réglementaire. C'est un des traits qui caractérise leur subordination à l'égard du pouvoir central.

TITRE III

LES POUVOIRS REGLEMENTAIRES RECONNUS SANS TEXTE

Les différents textes constitutionnels, législatifs et réglementaires ne suffisent pas à déterminer, par leurs seules dispositions, toutes les compétences des autorités administratives. Il peut subsister, et il subsiste effectivement des lacunes que la pratique administrative ne peut supporter. La jurisprudence est alors amenée à consacrer des solutions qui ne se fondent sur aucun texte mais qui sont nécessaires au bon fonctionnement de l'Administration ou même à la vie régulière de la collectivité nationale toute entière. Elle réalise, par ses arrêts l'institutionnalisation d'une nouvelle compétence.

Ces créations jurisprudentielles ne sont pas entièrement arbitraires. Elles ne reposent pas sur la seule appréciation que peut faire le juge d'une nécessité pratique. En réalité, le Conseil d'Etat procède plus rigoureusement : il prend en considération la fonction d'une autorité, les objectifs qui sont assignés à son action. C'est par rapport à cette mission qu'il apprécie l'étendue des pouvoirs qui doivent lui être reconnus. Il applique implicitement l'idée que, sauf dispositions contraires, chaque autorité doit disposer de l'ensemble des droits nécessaires à l'exercice de ses fonctions.

Indirectement, les pouvoirs réglementaires établis par la jurisprudence retrouvent un fondement textuel (solution inévitable dans un Etat de droit et de droit écrit comme la France). L'aménagement des fonctions et des responsabilités qui en découlent est effectué par un texte. Le juge se borne à déterminer, le contenu des « pouvoirs généraux » que le titre de compétence a implicitement, mais nécessairement, voulu établir.

Cette justification juridique ne doit cependant pas masquer le rôle créateur que remplit effectivement le Conseil d'Etat. Sur le plan des faits, il consacre parfois des évolutions qui se sont déroulées en marge du contentieux, comme dans le cas des pouvoirs du chef de service. Son interprétation des textes, notamment de la Constitution, joue un rôle fondamental dans l'aménagement des compétences entre autorités administratives et même au sein des pouvoirs publics si elle aboutit par exemple à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire de police au Gouvernement.

Avant 1958, l'intervention du juge avait surtout pour objet et pour effet de limiter les conséquences du principe général selon lequel le pouvoir réglementaire était un pouvoir secondaire et

dérivé de la loi. Dans la mesure où ce principe se révélait trop rigide, le Conseil d'Etat lui apportait un certain nombre de correctifs destinés à accroître l'autonomie de l'Administration. Il reconnaissait ainsi au Gouvernement des pouvoirs réglementaires de police générale et d'organisation des services publics (1).

La Constitution de 1958 détermine avec minutie les compétences respectives du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire et elle donne une compétence générale à ce dernier. Le problème d'un pouvoir sans texte ne concerne donc plus le Gouvernement lui-même. Les anciennes théories jurisprudentielles s'intègrent dans le nouveau système constitutionnel (1).

Seules les autorités administratives autres que le Gouvernement peuvent espérer bénéficier d'un pouvoir sans fondement textuel explicite. L'aménagement des compétences qu'effectue alors la jurisprudence vise à limiter la compétence générale du Gouvernement en réservant aux autres autorités les droits indispensables à la réalisation de leur mission. Il n'a donc plus le même sens qu'auparavant.

Toutefois, la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles conserve le caractère ancien d'extension des compétences administratives. Mais elle pose des problèmes beaucoup trop originaux et éloignés du pouvoir réglementaire pour trouver sa place dans cette étude autrement qu'à titre de remarque.

A l'heure actuelle, les seules hypothèses de pouvoir réglementaire sans fondement textuel sont des conséquences du phénomène institutionnel : le pouvoir spontané d'auto-organisation, inhérent à toute institution, conduit à reconnaître à tous les chefs de service la compétence nécessaire à l'organisation et à la direction de leur service et à toutes les assemblées le droit de se donner un règlement intérieur.

(1) Cf. *supra*, II^e partie, titre I, chapitre III.

CHAPITRE I

LES POUVOIRS PROPRES DU CHEF DE SERVICE

Malgré la tradition française d'autorité hiérarchique et de centralisation, la théorie des pouvoirs du chef de service est très récente. En effet, le Conseil d'Etat n'en a consacré officiellement l'existence que le 7 février 1936 par son arrêt Jamart. La thèse de M. Rivero sur « les mesures d'ordre intérieur administratives » avait, en 1934, ouvert la voie à ce changement de jurisprudence ; une note du même auteur sous l'arrêt Jamart, en précisait la portée (Sirey 1937.3.113). Cette double étude fait toujours autorité mais elle ne peut évidemment rendre compte des développements de la jurisprudence ultérieure. Or la doctrine ne s'est guère souciée de la question par la suite.

Il est curieux qu'un pouvoir spontané et dont la nécessité se fonde sur la nature des choses ait été reçu si tardivement dans notre système juridique. Il est également curieux qu'un pouvoir qui s'exerce sans base légale ou du moins, sans visa de texte, ne suscite pas davantage les réflexions des juristes attachés au principe de légalité.

L'idée que la vie intérieure de l'administration ne relève pas du droit, a longtemps justifié les fins de non-recevoir opposées aux recours contre les décisions des chefs. Elle a été définitivement condamnée par l'arrêt de 1936, mais subsiste de façon sous-jacente pour expliquer en partie l'attitude de la doctrine. Encore actuellement, des obstacles procéduraux limitent beaucoup la connaissance que peuvent avoir de cette vie intérieure le juge et une doctrine très attachée aux aspects contentieux du Droit Administratif. En fait, les autorités administratives, tout au moins les ministres, n'ont pas attendu la décision du Conseil d'Etat pour exercer de larges prérogatives en qualité de chef de service. L'arrêt Jamart a reconnu un état de fait préexistant qui s'était développé en marge de la légalité. Loin d'accroître les

pouvoirs de l'Administration, il aboutit surtout à les intégrer dans l'ordre juridique et à en soumettre l'exercice à un droit prétorien. Telle est en effet la signification que revêt la reconnaissance de pouvoirs propres au chef de service. Cette reconnaissance suppose que soit résolu au préalable le problème du fondement de ces pouvoirs. L'étude de leur régime juridique peut alors être tentée.

Section I. — La concession de pouvoirs propres au chef de service.

Les pouvoirs de décision du chef de service n'ont pas un caractère essentiellement réglementaire. Au contraire, l'organisation et le fonctionnement des services publics sont d'abord assurés par voie de décisions individuelles, comme une affectation, une sanction disciplinaire ou un ordre hiérarchique. En tout état de cause, le caractère réglementaire n'appartient qu'à une partie des mesures prises par le chef de service ; il ne constitue pas un critère de compétence mais constitue un des modes possibles d'exercice d'un pouvoir qui se définit par son but. Toutefois, la règle générale et impersonnelle s'impose comme mode privilégié d'organisation dans un système bureaucratique hostile à l'arbitraire et aux liens personnels de subordination.

§ 1. — La reconnaissance de pouvoirs propres au chef de service

Les ministres ont de fort longue date pris des mesures d'organisation des services placés sous leur autorité. Cette pratique n'a jamais été censurée ni par la doctrine ni par la jurisprudence, mais sa signification a été diversement appréciée. Au cours du XIX^e siècle, l'opinion générale était que le caractère intérieur de ces mesures se conjugait avec le caractère réglementaire pour exclure tout recours. La fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte constituait ainsi une double protection à l'abri de laquelle pût naître et se développer le pouvoir réglementaire de fait des ministres. Cette circonstance est fondamentale pour expliquer le décalage entre théorie juridique et pratique administrative.

L'admission de recours directs contre les règlements administratifs, puis l'examen au fond des recours dirigés contre des mesures d'ordre intérieur individuelles (CE 13 février 1914. Chevallier. L. 202) remettent le problème en question devant la doctrine classique. L'accord est fait pour reconnaître au chef de l'Exécutif un pouvoir de réglementation des services publics. Duguit y voit l'effet d'une « règle constitutionnelle coutumière » reconnue par la loi (Traité IV, § 48, p. 718). Carré de Malberg se borne à reconnaître là une pratique irrégulière lorsque le chef de l'Etat ne peut se fonder sur une habilitation législative, mais

le défaut de qualité des parties suffit à rendre cette pratique inattaquable (Théorie Générale, N° 228). Pour Hauriou, il n'y a pas de difficultés car « le pouvoir réglementaire est inhérent à tout pouvoir de commandement », il est « spontané et historiquement antérieur au pouvoir législatif », il trouve donc dans la réglementation des services publics un emploi tout naturel. (Précis. 12^e éd., p. 555). En tout état de cause, la jurisprudence y reconnaît assez tôt un pouvoir propre du Président de la République (CE 19 février 1904. Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel de chemin de fer).

Mais le stade suivant est plus difficile à franchir. C'est, en effet, un axiome généralement admis que les ministres ne disposent d'aucun pouvoir réglementaire. Mais il est tout aussi évident qu'ils règlent l'organisation et le fonctionnement internes des services placés sous leur autorité. Les réponses apportées par la doctrine à cette situation de fait dépendent des différentes notions que se font les auteurs du pouvoir réglementaire.

Hauriou admet sans difficultés l'existence de règlements organiques émanant des ministres (Précis, p. 117). De même pour Moreau, « il n'est pas douteux que les ministres puissent faire des règlements d'organisation pour le service public qu'ils dirigent en vertu de leur autorité propre et sans s'appuyer sur une délégation formelle ». (Le règlement administratif, N° 250). Duguit admet, presque à regret, que « par suite de nécessités pratiques, les ministres ont peu à peu acquis un pouvoir réglementaire pour tout ce qui touche l'organisation des services dépendant de leur département » (Traité. 2^e éd., II, § 26, p. 183). Quant à Carré de Malberg, dont les conceptions rendent si bien compte du droit positif de l'époque, il finit par admettre, en 1933, que le ministre puisse « poser des règles dans un domaine qui relève spécialement de la puissance inhérente à sa qualité de chef de service ou d'un département », mais souligne le « caractère particulariste » de ces règles qui font partie d'un « ordre juridique particulier ». (Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés, N° 78-79).

En aucun cas, les règles d'organisation ne sont nettement distinguées des autres mesures d'ordre intérieur. Au désaccord sur leur nature juridique s'ajoute donc l'imprécision sur leur domaine. Les conséquences des principes posés ne sont pas dégagées. Les hésitations du juge administratif ne sont donc pas surprenantes. Il oppose une fin de non-recevoir à un recours dirigé contre une « mesure de service dénuée du caractère de décision individuelle » (CE 8 juillet 1921. Lacroix. L. 690). Selon M. Rivero pour qui ce recul est « l'effet de la traditionnelle circonspection qui préside aux mouvements de la jurisprudence administrative » (op. cit., p. 34), il reste fermement attaché au principe selon lequel les ministres n'ont pas de pouvoir réglementaire, mais accepte d'examiner au fond des recours contre

des mesures réglementaires relatives à l'organisation interne des services : (CE 3 décembre 1920. Union Générale des Fonctionnaires de l'Enregistrement. L 1033. CE 20 février 1924. Caradet. L 194). De tels flottements n'ont pas de conséquences graves car il est bientôt admis qu'un agent public n'a pas d'intérêt personnel à attaquer une mesure réglementaire émanée du supérieur hiérarchique si elle n'a d'effet que sur l'organisation générale du service et non sur le statut des agents (CE 21 mai 1920. Deslandes. L 198). Le problème ne se pose donc que rarement au juge en des termes tels qu'il ne puisse l'éluder.

En fait, le juge n'attendait pour faire un pas en avant que d'en mesurer les conséquences. La thèse de M. Rivero vint lui apporter cette vue d'ensemble du problème et lui apprendre qu'il était implicitement résolu. Elle distingue nettement le pouvoir instructif (circulaires), le pouvoir de direction (mesures de services individuelles) et le pouvoir d'auto-organisation (réglementation intérieure du service), (cf. en particulier N° 99. p. 192.193). Elle définit les contours de ce dernier. Elle démontre qu'en réalité la fin de non-recevoir s'est transformée en un rejet après examen au fond lorsqu'aucun moyen du recours n'est admis. En définitive, elle invite le juge à consacrer et parfaire la jurisprudence implicite qu'il a déjà forgée.

La consécration ne devait plus tarder. Elle vint avec l'arrêt du 7 février 1936. Jamart (Sirey 1937.3° 113, note Rivero) dans une affaire où le Conseil d'Etat aurait pu facilement éviter une décision de principe. Il s'agissait, en effet, d'une interdiction individuelle de pénétrer dans des locaux administratifs. Son annulation ne nécessitait pas un considérant de principe : « ... même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité... ». Ainsi est reconnu au chef de service un pouvoir de décision dont l'existence ne nécessite aucun fondement textuel. Il reste à en expliciter le titulaire, le domaine, l'étendue et les limites. Cet aboutissement est en même temps un point de départ.

§ 2. — La place du pouvoir du chef de service dans l'ordre juridique

L'interprétation présentée par M. Rivero se rattachait aux conceptions de Carré de Malberg (1). Elle reposait sur la distinction de deux ordres juridiques séparés dont l'un serait purement intérieur à l'institution administrative. Les règles intérieures relèveraient du droit sans être une manifestation du pouvoir

(1) Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés. 1933.

réglementaire. Il s'agirait d'un pouvoir de décision fondé sur le pouvoir hiérarchique et intégré dans « l'ordre intérieur, considéré comme un ordre juridique subordonné mais distinct » de l'ordre légal général.

Déjà, dans sa note sous l'arrêt Jamart, M. Rivero doit abandonner certaines affirmations qu'il avait soutenues dans sa thèse. « La notion d'un pouvoir propre du chef de service... ne fait... donc double emploi avec aucune autre théorie », conclut-il d'une confrontation avec les pouvoirs hiérarchiques et disciplinaires qui n'ont pas nécessairement les mêmes titulaires ni les mêmes destinataires. Quant à la conception dualiste du droit, elle se dilue dans la notion de vie intérieure du service : « l'arrêté n'oblige pas l'universalité des citoyens, liés, au moins en puissance, par les décrets ; son autorité se limite à la collectivité qui vit dans le service et autour de lui... Dans ces conditions, l'arrêté se rapproche davantage des autres décisions, même individuelles, que le ministre est appelé à prendre dans l'exercice de son rôle de chef d'un service, pour en assurer le fonctionnement que des actes du pouvoir réglementaire ». Mais l'expérience prouvera que la distinction de la légalité territoriale et de la légalité intérieure inspirée de Hauriou, entraîne moins de conséquences que la distinction de l'acte particulier et du règlement.

Le Conseil d'Etat n'invoque pas la dualité de l'ordre juridique pour fonder sa décision. Bien plus, il en sape implicitement les fondements. L'arrêt Jamart n'est pas très explicite sur la nature juridique de ce nouveau pouvoir qu'il ne qualifie même pas. Les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'Administration ont un caractère général et impersonnel puisque le ministre a toujours pu prendre des décisions individuelles, mais le refus de les situer par rapport au pouvoir réglementaire laisse la porte ouverte à tous les développements.

L'admission du recours pour excès de pouvoir amorce *ipso facto* une assimilation de leur régime juridique avec celui de tous les règlements administratifs. « Juge intérieur à l'Administration, le Conseil d'Etat lui impose à elle-même le respect des règles non formelles par lesquelles elle a entendu limiter son propre pouvoir à l'égard de ceux qui s'y trouvent soumis... » (Thèse, p. 324). Cette idée peut justifier les premières interventions du juge, mais elle perd insensiblement de sa valeur quand le contrôle du juge est pleinement admis, et qu'il s'exerce dans les mêmes formes que celui du juge gardien de la légalité générale. Autrement dit, un déplacement d'intérêt rend la distinction superflue.

Le régime juridique des mesures prises par les chefs de service ne présente aucun caractère d'originalité. Depuis l'arrêt Jamart le recours pour excès de pouvoir est normalement recevable si la condition d'intérêt est satisfaite. L'irrecevabilité des fonctionnaires à contester les mesures d'organisation du

service est la même qu'il s'agisse d'un décret (CE 26 octobre 1956. Association générale des administrateurs civils. R.D.P. 1956.1309. Conclusions Mosset) ou d'un arrêté (CE 18 novembre 1953. Rigaud. CE 23 mai 1960. Gaudron). Elle ne joue plus dès qu'un intérêt apparaît : le 8 juillet 1959 la section de la Corrèze du syndicat national de l'apprentissage est jugée recevable à attaquer une circulaire ministérielle qui « fixe par voie de disposition réglementaire, les droits des agents »... licenciés. De même, une circulaire du haut-commissaire de France en Indochine relative aux licenciements d'agents peut être invoquée dans un recours dirigé contre une mesure individuelle d'application (CE 25 novembre 1959. Truong Van Mang, n° 41 503).

Ce régime contentieux sans originalité permet au juge d'appliquer les mêmes règles au chef de service et à toute autorité dotée du pouvoir réglementaire. Par exemple la règle de non-rétroactivité (CE 30 mai 1951, Azzet Alameddine. N° 80 948) ou celle de mutabilité pour l'avenir (CE 24 octobre 1962. Siadous A.J.D.A. 1963.37). L'originalité du régime juridique tient au titulaire, à l'objet, au but de la compétence ainsi reconnue mais non au caractère non-réglementaire de la mesure prise.

Au terme de ce processus inéluctable d'intégration, il est aussi simple de reconnaître le fait accompli et d'accorder aux mesures prises par les chefs de service la nature juridique d'actes réglementaires. Cela est d'autant plus facile que les difficultés théoriques qui motivaient les réticences de la doctrine ont disparu. Depuis la constitution de 1958, le seul problème est celui de l'aménagement rationnel des compétences entre les diverses autorités administratives dans le domaine de l'article 37.

Les formules employées par le juge administratif ont évolué parallèlement. Par exemple le Conseil d'Etat reconnaît la compétence du ministre de l'Intérieur à réglementer la durée hebdomadaire du travail des C.R.S. « dans l'exercice du pouvoir réglementaire dont il dispose pour assurer le fonctionnement des services de la sûreté nationale » (CE 24 juin 1961. Syndicat national indépendant et professionnel des C.R.S. L. 430) ou la compétence du ministre de l'Education Nationale à fixer des effectifs de professeurs « dans l'exercice du pouvoir réglementaire dont il dispose pour l'organisation des services placés sous son autorité ». (CE 24 octobre 1962. Siadous. A.J.D.A. 1963.37). Il s'agit donc d'une clause de style assez différente de celle utilisée dans l'arrêt Jamart cité plus haut et sensiblement plus précise. Il s'agit d'un pouvoir réglementaire nettement caractérisé dont on peut situer la place dans l'ordre juridique.

Les actes pris dans l'exercice de ce pouvoir ne constituent en aucune façon un ordre juridique distinct. Ils s'intègrent dans la hiérarchie générale des actes juridiques à la place qui leur est assignée par leur forme et le rang de leur auteur. Entre

deux actes d'organisation, par exemple un décret et une décision ministérielle, il n'y a pas d'autres différences. Les deux actes ont la même force obligatoire à l'égard des personnes qui y sont soumises, la même existence objective à l'égard des tiers. Seule la situation respective de leurs auteurs varie. En ce qui concerne les services de l'Etat, la décision ministérielle s'impose aux autorités subordonnées mais doit respecter les lois et décrets qui ont pu être pris dans la même matière. Il n'y a pas de hiatus ; la preuve en est qu'on ne peut faire de différence entre une mesure prise en application d'un acte supérieur (CE 30 mars 1960. Syndicat national des médecins biologistes. L. 244) et une mesure prise spontanément (CE 3 mai 1957. Dame Costentin. L. 275). Mais précisément cette possibilité d'intervention spontanée pose le problème du fondement de ce pouvoir.

§ 3. — Le fondement du pouvoir du chef de service.

Sur ce point, l'étude de M. Rivero reste plus que jamais exacte. « Le Conseil d'Etat consacre l'existence au profit du chef de service d'un pouvoir spontané d'organisation limité au cercle de la vie et des relations au service. Dans un système de légalité aussi rigoureux que le nôtre, un tel pouvoir ne serait pas admissible s'il n'était pas justifié par sa nécessité même », écrit-il dans sa note sous l'arrêt Jamart. « L'ordre intérieur dans les services publics, correspond à la part irréductible d'auto-organisation qui est nécessaire à toute entreprise pour poursuivre la réalisation de sa fin propre en dépit des nécessités insuffisantes d'une réglementation rigide, et pour rendre effective la responsabilité de ceux qui en détiennent la direction ». (Thèse p. 258).

Cette idée de la nécessité « biologique » d'un tel pouvoir repose sur une intuition juste. Elle est confirmée par toutes les études sociologiques contemporaines. Une analyse classique comme celle de Max Weber a montré qu'une organisation sociale parvenue à une certaine taille et une certaine complexité doit recourir au modèle bureaucratique, ce qui correspond à un type idéal qualifié de « légal-rationnel ». A l'époque contemporaine, pour des raisons de rationalité et d'efficacité, une institution tend à s'organiser selon des règles générales et impersonnelles déterminant les compétences, les fonctions et les comportements de chaque organe. Cette analyse est actuellement battue en brèche car elle paraît trop rationaliste et admet trop facilement que la standardisation entraîne l'efficacité. Des analyses plus récentes comme celles de M. Michel Crozier (2) détruisent certaines illusions sur la valeur du système mais elles confirment hautement l'importance des règles impersonnelles.

(2) Cf. M. CROZIER, *De la bureaucratie comme système d'organisation*. Archives Européennes de Sociologie 1961, n° 1, p.18-50. M. CROZIER. Thèse Paris 1964. Le phénomène bureaucratique.

Il serait donc plus nuisible qu'utile de nier sur le plan juridique la réalité d'un pouvoir qui s'impose dans les faits (3). La théorie de l'entreprise qu'invoque M. Rivero ou les théories analogues de l'institution qu'utilisent Hauriou (principes de droit public. Chapitre III) et Renard (Théorie de l'institution) permettent d'exprimer en droit ces données sociologiques. Leur valeur, comme celle des théories qui nient l'existence d'une source unique du droit, tient à leur accord avec les faits. « L'autorité est intrinsèque à l'institution... elle est sa condition d'existence, elle est sa manière d'être, elle est son « comportement » (Renard op. cité p. 314). De ce caractère spontané observé dans la vie sociale il reste à passer à l'absence de fondement textuel observé dans la vie juridique.

Sur ce point la jurisprudence ne fournit pas beaucoup d'éclaircissements. Le plus souvent, pour déclarer que le requérant n'est pas fondé à soutenir que la mesure attaquée est dépourvue base légale, elle se borne à observer que cette mesure a été prise pour réglementer le service et qu'elle n'est contraire aux dispositions d'aucun texte supérieur. Il y a là un risque de confusion entre violation de la loi et défaut de base légale qui sont normalement deux moyens distincts. Il en résulte que la mesure prise par le chef de service n'a pas de base légale au sens strict, c'est-à-dire au sens de « l'acte juridique dont l'absence ou l'illégalité rend l'acte administratif dénué de toute valeur juridique ». (Auby et Drago, op. cité n° 1173). Elle a tout au plus une « base jurisprudentielle » dans la mesure où la jurisprudence affirme l'existence de pouvoirs propres au chef de service. L'existence de ces pouvoirs est liée expressément dans l'arrêt Jamart, implicitement par la suite, à leur nécessité. C'est la seule indication que donne le juge sur leur fondement juridique : la validité des mesures ainsi prises ne peut être fondée que sur leur but, le bon fonctionnement ou la bonne organisation du service.

M. Rivero a parfaitement dégagé la signification et la portée de ces affirmations. Il suffit de rappeler sa démonstration : « Cette justification par le fait porte en elle les éléments d'une justification par rapport aux principes du droit administratif ; c'est en effet un principe juridique certain que celui de la continuité nécessaire du service public... Le législateur prononce un mot : celui de « service public » ; du seul fait qu'il a voulu le service, il en a voulu les éléments nécessaires ». Ce pouvoir d'organisation est l'un des éléments nécessaires au bon fonctionnement du service. Son attribution au chef de service est la contrepartie de la responsabilité politique ou hiérarchique qu'il encourt. Ainsi on peut retrouver un fondement juridique dans l'acte qui institue le service et lui donne un chef. Cet acte cons-

(3) Cf. *supra*, 1^{re} partie, chapitre I.

titue un fondement implicite mais solide puisqu'il permet de déterminer avec précision le régime juridique.

Le juge n'a jamais pris à son compte les conceptions de M. Rivero. Il a au contraire évité avec soin toute prise de position sur le fond du problème. Mais ces conceptions expliquent parfaitement les solutions données dans les différentes espèces. Nous sommes donc fondés à les utiliser pour dégager la signification de cette jurisprudence. Comment un pouvoir spontané parce qu'il exprime la cohésion d'un groupe social organisé s'intègre-t-il à la théorie générale du droit administratif ?

§ 4. — La notion de service et le champ d'application de la théorie en droit positif.

Sur le plan sociologique, l'idée d'un pouvoir intérieur à chaque institution a valeur générale mais il n'en est pas de même en droit. Le droit privé pénétré des valeurs traditionnelles de l'individualisme et du consensualisme intègre avec beaucoup de peine les phénomènes d'autorité faute de pouvoir leur trouver un fondement juridique acceptable. La juridiction administrative au contraire ne rencontre pas les mêmes obstacles ; elle a pu développer intégralement la théorie mais elle ne l'applique que dans les limites de sa compétence.

Le champ d'application de la théorie des pouvoirs du chef de service est donc déterminée par la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. La question a été longuement traitée à propos de la définition du règlement (4). Il suffit donc d'en rappeler brièvement les conclusions.

Le domaine d'élection de la théorie du chef de service est l'organisation interne des personnes publiques dont le statut constitutionnel relève du droit public, c'est-à-dire l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics de toute nature. Tous leurs dirigeants sont des autorités administratives et tous leurs actes généraux des règlements administratifs même en cas de service à gestion privée.

Par contre les établissements privés de l'administration et les nouvelles catégories de personnes publiques ne sont pas régis par cette théorie car leur organisation échappe à la compétence du juge administratif en raison de la distinction jurisprudentielle entre exécution du service et organisation de la personne.

On aboutit donc à une définition originale du service public où les critères organiques et formels sont prépondérants. Le champ d'application de la théorie reste pourtant assez vaste.

(4) Cf. 1^{re} partie, chapitre III, section III. Le caractère public du règlement.

Section II. — Le régime juridique des pouvoirs propres du chef de service.

§ 1. — La définition du chef de service.

Dans les services tels qu'ils ont été définis plus haut, qui détiennent ce pouvoir indispensable à leur bon fonctionnement ? L'arrêt Jamart est intervenu à propos d'un ministre mais n'a pas entendu réserver aux seuls ministres l'exercice de ce pouvoir. Mais pas plus que la jurisprudence ultérieure, il ne donne une définition précise du chef de service. La doctrine, en l'occurrence M. Rivero, suggère de prendre appui sur les faits en l'absence de textes. Il s'agit d'analyser dans chaque cas le degré d'individualisation de l'unité administrative, le degré d'autonomie de celui qui la dirige. « Au demeurant, en liant l'existence du pouvoir de chef de service à sa nécessité, en affirmant qu'il est partout où il est nécessaire, on reste dans les lignes de notre arrêt ». Il s'agit d'un pouvoir fonctionnel reconnu dans un souci pragmatique de bonne administration ; il importe donc qu'il soit largement étendu dans l'organisation administrative.

La jurisprudence n'a pas entièrement répondu à ce vœu. La prééminence traditionnellement accordée aux ministres a infléchi ses solutions dans le sens d'une assez grande centralisation. Seuls les ministres se sont vus attribuer pleinement et sans réticence les prérogatives de chef de service. Curieusement le terme lui-même est presque tombé en désuétude et les arrêts évoquent le pouvoir réglementaire dont le ministre dispose pour l'organisation (ou le fonctionnement) des services placés sous son autorité (cf. les arrêts Siadous et syndicat des C.R.S. cités supra). Il convient de noter que cette formule de style n'est utilisée que pour les ministres à l'exclusion de toute autre autorité.

Les mêmes pouvoirs ont été reconnus aux chefs des services qui ont la personnalité morale mais la solution reste généralement implicite. En ce qui concerne les collectivités locales, le maire est indiscutablement chef des services municipaux. Autorité élue, sans supérieur hiérarchique, responsable au moins moralement devant ses électeurs, il réunit toutes les conditions pour être qualifié de chef de service à l'instar du ministre. Pourtant un seul arrêt, à notre connaissance, lui reconnaît compétence pour « assurer le bon fonctionnement des services publics placés sous son autorité » (T.A. Bordeaux 10 avril 1962. Pouzenc L. 740. A. propos d'une mesure de réquisition en cas de grève) (5). Une abondante jurisprudence, lourde de querelles villageoises, concerne les heures d'ouverture des bureaux de la

(5) La compétence du maire a été confirmée sans ambiguïté par le juge d'appel.

C.E., 9 juillet 1965, Pouzenc, A.J.D.A. 1966.179.

mairie (par ex. CE 2 décembre 1931. Hilaire Darrigrand, L. 1055. CE 12 décembre 1941. Perdu L. 214. CE 2 novembre 1960. Costedoat. A.J.D.A. 1960.II.383. CE 23 mars 1962. Casabianca L. 207). Les pouvoirs du maire à cet égard ne peuvent se fonder que sur sa qualité de chef de service qui reste pourtant inexprimée. Il arrive même à la jurisprudence d'utiliser des formules bizarres. La décision d'un maire modifiant les attributions et les conditions de travail d'un service est qualifiée de « mesure de service d'ordre intérieur », ce qui rend irrecevable le recours d'un agent (CE 4 juillet 1958. Commune d'Anglet c/ dame Coret L. 411). Il n'en demeure pas moins que le maire se voit reconnaître pleinement les prérogatives inhérentes à sa qualité de chef des services municipaux. Il en est de même pour le préfet à l'égard des services du département - personne morale (CE 10 novembre 1953. Bachrich n° 12 625).

Les établissements publics constituent une autre catégorie de services personnalisés au sein desquels s'exerce normalement une autorité autre que celle du ministre. Une espèce assez délicate a permis de trancher les deux difficultés que faisait naître cette question : (CE 10 novembre 1961. Sieur Missa et association les résistants de la R.T.F. A.J.D.A. 1962 40, conclusions Ordonneau). Une ordonnance du 4 février 1959 a transformé la R.T.F. en établissement public à caractère industriel et commercial. Un règlement du directeur général institue des commissions chargées de reclasser le personnel dans ses nouvelles fonctions. Bien que ce personnel relève du droit privé et qu'il doive donc porter les litiges individuels devant les tribunaux judiciaires, « les juridictions administratives demeurent en revanche compétente pour connaître des requêtes dirigées contre les règlements administratifs touchant au statut des agents ». Tel est bien le caractère de la mesure « prise par le directeur général de la R.T.F., en vertu des pouvoirs d'organisation du service placé sous son autorité qu'il tient des dispositions » des différents textes déterminant ses fonctions. Ces textes sont utilisés non pour fonder le pouvoir réglementaire sur une concession expresse mais pour établir que le directeur général est l'organe dirigeant de la R.T.F. et qu'il tire de cette autorité la qualité de chef de service. (Même solution dans CE 10 janvier 1967. Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F. A.J.D.A. 1967-296 chr. 270).

Cette solution a certainement valeur de principe car, comme le remarque le commissaire du gouvernement, c'est la première fois que le juge l'adopte en des termes aussi nets pour une autorité administrative autre que le ministre. La seule difficulté est de déterminer, dans chaque cas, quelle est l'autorité responsable du service. Par exemple, l'arrêt Princeteau du 19 octobre 1962 (A.J.D.A. 1962.688) admet implicitement la compétence de la commission administrative d'un hôpital pour fixer les conditions de fonctionnement du service de chirurgie ; il en résulte

a contrario que le directeur de l'hôpital n'est qu'une autorité d'exécution. La solution doit être dégagée des règles statutaires posées à la création du service.

Les pouvoirs de chef de service peuvent-ils se diffuser à l'intérieur de chaque personne publique au profit de ses différents éléments ? M. Rivero jugeait cette décentralisation nécessaire. Il convient de mentionner que les ministères eux-mêmes n'ont pas la personnalité morale et, d'une façon plus générale, que la notion de personnalité morale n'est pas d'un intérêt essentiel en droit administratif. De nombreuses situations particularisent un service sans lui conférer la qualité de sujet de droit : individualité administrative, individualité comptable, certaines formes d'autonomie financière pourraient fournir un point d'application à la théorie de pouvoir d'organisation du service. Malgré tout, la jurisprudence hésite à élargir la notion de chef de service et ses décisions paraissent parfois contradictoires.

Elle semble considérer que seuls les ministres détiennent la plénitude des compétences. Ainsi un haut fonctionnaire a de plein droit le pouvoir hiérarchique et le pouvoir disciplinaire car il a rang et prérogatives de secrétaire d'Etat (CE 3 mai 1946. Gosset L. 121). Par contre si « l'administrateur général... a sous ses ordres tout le personnel... », cette disposition a eu pour seul objet de (lui) donner... le pouvoir de gérer par voie de décisions individuelles, le personnel placé sous son autorité, et ne saurait avoir pour effet un pouvoir réglementaire qui... n'appartenait qu'au ministre sous l'autorité duquel le service de la R.T.F. était placé ». (CE 10 avril 1959. Syndicat national des speakers de la R.T.F. L. 231). Lorsque la R.T.F. était exploitée en régie, malgré l'originalité de son statut, le Conseil d'Etat opérait une distinction simple entre décisions individuelles et décisions réglementaires, ces dernières restant de plein droit de la compétence du ministre.

S'il s'agit là d'une *summa divisio*, et non d'une solution propre au statut du personnel, elle est assez mal choisie : une telle répartition des compétences est arbitraire et contraire aux exigences de souplesse qui devraient caractériser ce pouvoir. En règle générale, le même résultat peut être obtenu par l'une ou l'autre voie. Ainsi l'exercice du droit de grève peut être limité par voie de réglementation ou par voie de réquisitions individuelles. Ce dernier moyen est à la disposition des hauts fonctionnaires (CE 19 janvier 1962. Bernadet et autres D. 1962, p. 202, note Leclercq — à propos du directeur de la météorologie nationale). Inversement, si l'on allait jusqu'au bout de la logique, « la simple indication d'un sens unique devant un guichet », qu'évoquait M. Rivero dans sa note, exigerait une décision ministérielle.

En fait, les deux aspects du pouvoir du chef de service sont indissociables sur le plan de la mise en œuvre des prérogatives

(la distinction conserve tout son intérêt sur le plan du régime juridique). En fait, les détails du service sont réglés à tous les échelons hiérarchiques ; seul le défaut de contrôle contentieux permet de l'ignorer dans la plupart des cas. Il y aurait donc des avantages à reconnaître cet état de choses. On atteindrait alors les limites naturelles de la théorie. L'autorité ministérielle n'y perdrait rien car en vertu du pouvoir hiérarchique, tout problème pourrait être évoqué, toute décision inférieure pourrait être réformée à l'instant. Sur le plan de la sociologie administrative, la jurisprudence actuelle renforce la tendance à la centralisation qui caractérise le système bureaucratique français. Un des facteurs essentiels de rigidité tient à ce que « tout le système de prise de décision tend à se déplacer de plus en plus vers le haut pour éliminer les tensions qui naissent des rapports de subordination ». (M. Crozier, op. cit. p. 40). Le Conseil d'Etat pourrait apporter sa contribution à l'effort actuel d'assouplissement, effort que l'accélération de l'évolution sociale rend impératif, en assouplissant sa propre conception du chef de service. (De ce point de vue l'orientation de l'arrêt suivant est assez critiquable : CE 23 octobre 1964. Fédération des syndicats chrétiens de cheminots. R.D.P. 1965-700, note Waline).

Malgré tout, le ministre garde une position prééminente du fait de compétences dont il est seul à pouvoir disposer. Si la responsabilité politique devant le parlement tend à devenir un aspect secondaire, il reste par exemple qu'il représente l'Etat en justice, que les règles du recours hiérarchique et de la décision préalable en font l'autorité supérieure. Ces faits ne relèvent pas de la théorie du chef de service mais ils expliquent qu'à de nombreux égards le ministre apparaisse comme le seul chef de l'administration d'Etat. Il en est ainsi surtout sur le plan contentieux où le ministre est naturellement conduit à réformer ou interdire les décisions de ses subordonnés et apparaît seul devant le juge.

De ce rapide panorama de la jurisprudence contemporaine, on retire l'impression que la notion de chef de service correspond à une catégorie autonome. On ne peut par exemple la ramener à celle de hiérarchie. Une telle assimilation ne rendrait pas compte des pouvoirs respectifs (cf. *infra*). Elle ne rend pas compte non plus des titulaires de ces pouvoirs, qui ne sont pas nécessairement situés au même échelon des pyramides hiérarchiques : par exemple le directeur général de la R.T.F. était le subordonné du ministre de l'Information (6), le maire est celui du préfet en ce qui concerne les services d'Etat assurés par la commune. L'un comme l'autre sont chefs de service et exer-

(6) La R.T.F. était placée sous l'autorité et non sous le contrôle du ministre de l'Information. Dans le statut de l'O.R.T.F., le ministre n'est plus qu'autorité de tutelle et le directeur devient de plein droit chef de service. (loi du 27 juin 1964).

cent personnellement leurs prérogatives sans que leurs supérieurs hiérarchiques aient un droit général de substitution. Il s'agit d'un pouvoir assez bien défini pour pouvoir dans certains cas être opposé au supérieur hiérarchique (CE 8 mars 1963. Centre hospitalier de Brest et sieur Mauviel A.J.D.A. 1963 p. 500). Il reste à la jurisprudence à reconnaître plus ouvertement la nature fonctionnelle de ce pouvoir.

§ 2. — *Le champ d'application des pouvoirs du chef de service.*

Le chef a compétence pour assurer le bon aménagement du service qu'il dirige mais il ne peut étendre son autorité en dehors de ce service puisqu'elle perdrait sa justification théorique et son fondement juridique. L'intérêt du service qui est le but de ces prérogatives permet d'en définir l'étendue. D'une part, sont exclues les activités des organismes et personnes étrangères au service. D'autre part sont incluses les activités de tous ceux qui se trouvent en rapport, même occasionnel avec le service. La discrimination se fait selon l'incidence de ces activités sur le service et le chef de service a prise sur elles dans la mesure où l'exige l'intérêt du service.

Il est inutile de préciser que de tels pouvoirs ne peuvent affecter une personne privée en tant que telle (sauf pour souligner qu'une personne privée peut se trouver dans la situation d'usager du service). Le chef de service ne dispose en aucune façon de pouvoirs de police générale l'autorisant à réglementer les activités privées (CE 4 janvier 1957. Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit. A propos de l'autorisation préalable de conférences). La distinction est d'autant plus nette que, sauf texte spécial, les mesures de discipline intérieure ne sont pas assimilables à des mesures de police et sont notamment dépourvues de sanction pénale.

Mais le ministre n'a pas davantage compétence pour réglementer des services qui ne sont pas placés sous son autorité. Au sein même de l'administration, la théorie de la personnalité morale et le principe d'autonomie qui en découle apportent une limite aux pouvoirs du chef de service. Ce principe d'autonomie permet de fonder en droit la différence entre tutelle et hiérarchie. Si la première existe de plein droit, la seconde ne se présume pas et l'autorité chargée de la tutelle ne peut exercer que les prérogatives qui lui ont été expressément attribuées par un texte. Reconnaître au ministre le droit d'intervenir dans l'organisation et le fonctionnement des organismes publics sous tutelle serait en réalité lui reconnaître un pouvoir réglementaire général et le Conseil d'Etat s'y refuse : (CE 5 février 1960. Caisse d'allocations familiales de Meurthe-et-Moselle L. 87). « En l'absence d'une disposition de loi ou d'une disposition de décret légalement pris donnant au ministre de la santé publique et de

la population le pouvoir de fixer les règles de procédure applicable aux organes disciplinaires de l'ordre des pharmaciens, il n'appartenait pas au dit ministre de déterminer ces règles, même sur proposition du conseil national de l'Ordre » (CE 6 mars 1959. Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris L. 165). Cette motivation montre bien que, pour le Conseil d'Etat, il ne s'agit plus de la même hypothèse. Le ministre n'agit plus en tant que chef de service, la nécessité fonctionnelle de ses pouvoirs disparaît : l'organisme sous tutelle, en raison de son autonomie, a son propre chef de service et l'exigence d'une base légale réapparaît.

A l'opposé, la même nécessité fonctionnelle justifie l'extension considérable des mêmes pouvoirs au sein du service. Le principe hiérarchique explique la subordination des agents publics envers leurs supérieurs. Il explique aussi la répression disciplinaire en cas de manquements aux obligations posées par ces derniers. On en tire aussi l'exclusion de l'intérêt : l'organisation du service étant la chose du supérieur, les agents publics n'ont aucun intérêt à attaquer les mesures qui y sont relatives (conclusions Mosset sous CE 26 octobre 1956 - précité R.D.P. 1956.1309). Mais le principe hiérarchique ne peut être la base des pouvoirs du chef de service. Nous avons déjà vu qu'il n'y a pas toujours coïncidence entre les deux théories, en ce qui concerne les titulaires respectifs de ces pouvoirs. Il ne peut pas non plus expliquer la soumission de l'usager aux règles de fonctionnement du service (l'observation est aussi valable pour les collaborateurs de l'administration autres que les agents publics).

Le simple usager n'est soumis à aucun pouvoir hiérarchique. La preuve en est qu'il peut attaquer au contentieux les mesures d'organisation du service qu'il estime défavorable à ses intérêts. Le recours est admis (CE 12 décembre 1941. Perdu L. 214) ou rejeté (CE 6 mai 1960. Vinard n° 40 940) selon qu'il est jugé fondé ou non mais il ne se voit pas opposer l'irrecevabilité comme s'il émanait d'un agent. Il en est de même pour les recours des tiers (CE 30 mars 1960. Syndicat national des médecins biologistes L. 244, 7°).

« En entrant en relations avec le service, le particulier en accepte les disciplines ; les rejette-t-il dans son comportement ultérieur, l'administration a le droit de lui retirer le bénéfice du service » (note Rivero). S'il en est ainsi, ce n'est pas parce que le particulier est réduit à l'état de rouage du service mais parce qu'une discipline commune, édictée par une autorité incontestée est indispensable à la bonne administration du service. Ici encore la nécessité de fait s'impose dans l'intérêt du service, elle suscite un pouvoir qui est un des « éléments

(7) Il n'est donc pas possible de transposer en droit positif français la solution adoptée par la doctrine allemande qui voit dans l'usager un rouage du service. Cf. *supra*, 1^{re} partie, chapitre I.

nécessaires » du service, voulu implicitement par l'autorité qui a institué le service.

Mais si ce pouvoir se fonde sur les besoins du service, il y trouve également ses limites. Pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est nécessaire, pourrait-on dire en transposant. D'où l'importance fondamentale du recours pour excès de pouvoir : il est l'instrument juridique qui permet la sanction du principe de légalité, et en particulier de la règle de correction du but.

Cette garantie est la contrepartie de l'extension des pouvoirs du chef de service. Ce dernier n'a pas autorité sur des catégories déterminées de personnes mais les mesures qu'il prend dans l'intérêt du service peuvent avoir des répercussions extrêmement larges, bien qu'elles soient parfois indirectes. Un cas limite est celui où le bon fonctionnement des services de police permet d'exiger des agents que leur conjoint n'exerce pas certaines professions sans autorisation préalable. (CE 17 février 1922. Association professionnelle de la préfecture de police. R.D.P. 1922.239. Conclusions Corneille). (Remarque : la solution ne serait sans doute plus valable de nos jours). Dans l'état actuel de notre philosophie politique, de telles prérogatives ne peuvent être admises que si elles sont justifiées par leur nécessité même, nécessité reconnue après un contrôle rigoureux du juge.

§ 3. — L'étendue des pouvoirs du chef de service.

La gamme des cas où la jurisprudence a reconnu à une décision le caractère de mesure d'organisation du service est extrêmement étendue, les hypothèses ainsi visées sont très nombreuses et difficiles à ramener à l'unité. Cette diversité est en partie inévitable car elle découle de la fonction même à laquelle répond cette compétence. En dernière analyse, la jurisprudence Jamart a pour but de valider des mesures qui sont indispensables mais n'ont aucun fondement légal. Non seulement ce pouvoir ne se fonde pas sur un critère matériel, mais encore son caractère secondaire et subsidiaire exclut la possibilité de déterminer un catalogue précis des cas où il trouve application. Il n'y a pas unité d'objet mais unité de but, par conséquent on ne peut effectuer qu'une description des domaines d'élection de cette théorie, et non pas une catégorisation : M. Rivero a parfaitement mis en valeur « l'unité foncière de la vie du service public » et souligné qu'une « catégorie, par définition est rigide. Or la fonction de l'ordre intérieur est précisément de suppléer à la nécessaire rigidité de la loi écrite par la prise en considération des circonstances et des particularités » (thèse n° 180 p. 294).

Néanmoins, il est possible de distinguer les principaux points d'application des mesures prises dans l'intérêt du service. L'évolution législative a permis de préciser certains d'entre eux : par exemple les statuts généraux de la fonction publique de 1946 et

1959 ont relativement bien délimité les compétences respectives de la loi, du décret et de l'arrêté.

1°) L'organisation et le fonctionnement internes du service.

L'organisation interne d'un service relève normalement du chef de service. La solution est traditionnellement admise au point qu'elle reste souvent implicite : une circulaire peut fixer les attributions des différents éléments du personnel des services généraux des P.T.T. à la suite de mesures de réorganisation intérieure (CE 10 janvier 1958. Portes n° 14 325). Le ministre de l'Education Nationale peut fixer le nombre des professeurs d'une école d'éducation physique. (CE 24 octobre 1962. Siadous. A.J.D.A. 1963.37). Le maire peut modifier les attributions et les conditions de travail des employés communaux (CE 4 juillet 1958. Commune d'Anglet contre dame Coret L. 411).

Ce pouvoir d'organisation descend jusqu'aux mesures individuelles affectant l'emploi des agents publics. Il subsiste malgré tout une différence de régime juridique irréductible : les mesures à caractère réglementaire qui n'ont effet que sur l'organisation générale du service ne peuvent être attaquées par les agents à qui la jurisprudence Deslandes dénie tout intérêt. (CE 21 mai 1920. L. 528). Ainsi ne peut être attaqué le refus de modifier les conditions dans lesquelles s'effectuent les travaux et missions confiés au service de l'inspection des musées de province (CE 23 mai 1960. Gaudron n° 46 363).

D'autre part, ce pouvoir s'étend à toutes les mesures indispensables à une bonne organisation, même indirectement. Il en va ainsi pour toutes les règles que Duguit appellerait constructives et qui concourent à cette fin. Le directeur général de la R.T.F. peut s'entourer de commissions consultatives destinées à l'aider dans sa tâche de reclassement des agents dans de nouvelles fonctions (CE 10 novembre 1961. sieur Missa... précité. A.J.D.A. 1962.40). Dans la mesure où il ne méconnaît pas sa propre compétence, le chef de service dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire extrêmement large. Il en résulte des possibilités d'adaptation aux circonstances qui sont malheureusement amoindries par les abus de la centralisation et de la réglementation internes.

Cette souplesse et cette liberté d'action se retrouvent dans le fonctionnement du service qui est l'aspect dynamique du même phénomène. C'est également l'aspect par lequel la vie intérieure du service entre le plus en contact avec l'extérieur.

Vis-à-vis des agents, le chef de service peut régler les conditions dans lesquelles ils effectueront leur travail : le ministre peut réglementer la durée hebdomadaire du travail des C.R.S. (CE 24 juin 1961. Syndicat national indépendant et interprofes-

sionnel des C.R.S. précité L. 490). Le préfet de police peut définir les règles de discipline d'une catégorie d'agents (CE 10 novembre 1953. Bachrich et autres n° 12 625 à 12 627). Ce pouvoir est assez étendu puisque par exemple il permet de réglementer l'exercice du droit de grève, ce qui touche directement aux droits fondamentaux des agents publics (cf. *infra*).

Le chef de service peut également déterminer les conditions dans lesquelles les usagers peuvent bénéficier des prestations du service. Bien entendu, il ne doit pas par cette voie porter atteinte à leurs droits légaux. Nous avons vu que le maire peut fixer les heures d'ouverture des bureaux de la mairie. Il doit concilier cette prérogative exercée dans l'intérêt du service avec le droit légal des administrés d'avoir communication des documents officiels (cf. jurisprudence citée *supra*). Le pouvoir discrétionnaire est d'autant plus grand que ces droits sont limités.

Des obligations peuvent être mises à la charge des usagers. L'administration des postes peut subordonner la distribution du courrier à domicile à certaines conditions comme l'établissement de boîtes aux lettres répondant à telles normes. Le non-accomplissement de telles obligations, si elles sont légales, est sanctionné par la non-exécution du service, en l'occurrence par la conservation du courrier au bureau de poste où il est tenu à la disposition du destinataire.

Une hypothèse extrêmement pratique est le droit pour le chef de service de fixer les règles de forme et de procédure applicables à l'activité des services qu'il dirige. Il n'a pas compétence en tant que tel pour fixer des règles de fond (CE 23 janvier 1954. Institution N.-D. de Kreisker. RPDA 1954.50. Conclusions Tricot). Mais les règles de forme et de procédure qu'il établit sont obligatoires pour les usagers comme pour les fonctionnaires. La sanction naturelle de leur inobservation est l'irrecevabilité de la demande, le renvoi du dossier... Si l'observation des formalités prescrites n'est pas exigée, il n'y a pas décision faisant grief aux intéressés (CE 21 avril 1961. Librairie Aristide Quillet et S.A.R.L. Cabus et Raulot. AJDA 1961.361), mais généralement instruction inopposable aux tiers et donc insusceptible de recours pour excès de pouvoir.

Toutes les décisions prises pour régler l'activité administrative, ne restreignent pas les droits des administrés. Certaines, au contraire, apportent des garanties. Le ministre de la Santé Publique a compétence pour régler les conditions de délivrance par les centres de transfusion sanguine d'une carte constatant la détermination du groupe sanguin. (CE 30 mars 1960. Syndicat national des médecins biologistes. L 244). D'autre part, un ministre peut non seulement procéder à des consultations spontanées avant de prendre une décision, mais aussi instituer une procé-

dure consultative par voie réglementaire (CE 11 janvier 1952. Berger. L28) (8).

Deux aspects du principe de légalité sont alors particulièrement importants : le respect des règles légales de compétence et le respect des droits des intéressés. Il est parfois délicat de distinguer les conditions de fond entachées d'excès de pouvoir des règles édictées dans l'intérêt du service (comparer par exemple : CE 24 novembre 1961. Angles d'Auriac. L 657 et CE 15 juillet 1960. Lebreton et U.N.A.P.E.L. N° 44.045). Dans une hypothèse assez voisine (bien qu'il s'agisse d'un R.A.P.) l'institution d'un délai, normalement simple condition de forme, porte atteinte à un droit, le droit de répétition de l'indu, ce qui est illégal « dès lors que son application n'était pas rigoureusement inconciliable avec le fonctionnement de la Sécurité Sociale » (CE 1^{er} décembre 1961 Société Jean Roques. L 675).

2°) Statut du service et statut du personnel

Il est admis que la réglementation du statut des agents publics a pour but l'intérêt du service et non celui de l'agent. Ce but reste toujours visible malgré le développement des garanties personnelles et collectives qui a caractérisé le Droit contemporain de la Fonction Publique. Il entraîne comme conséquence la compétence naturelle du chef de service. Il en a été effectivement ainsi à l'origine : la carrière du fonctionnaire se déroulait sous l'emprise du supérieur hiérarchique. Cette situation initiale a été bouleversée par la multiplication des lois et règlements, mais le principe a conservé toute sa valeur : son application n'est plus que résiduelle et assez rare mais il permet de désigner l'autorité compétente en cas de vide de droit.

L'ordonnance du 4 février 1959 constitue le texte le plus général en la matière. Avec l'ensemble de ses décrets d'application, elle constitue un statut général de la Fonction Publique. A cause de la hiérarchie des actes juridiques et pour des raisons que nous développerons plus bas, cet ensemble de textes est exclusif de toute réglementation émanant des chefs de service : toutes les règles statutaires qu'ils peuvent arrêter sont entachées d'incompétence et annulées (par ex. CE 20 décembre 1957. Syndicat National de la R.T.F. L 700). Il s'agit là d'une garantie précieuse pour le fonctionnaire parce que la compétence de son supérieur se réduit à mettre en œuvre par des mesures individuelles d'application des règlements qu'il ne peut élaborer lui-même. La garantie qu'apporte cette dissociation est confirmée par la possibilité de faire respecter les droits statutaires et les prérogatives de la fonction.

La compétence réglementaire du chef de service réapparaît

(8) Sur la question voir AUBY : *Le régime juridique des avis dans la procédure administrative*, A.J.D.A. 1956.53

hors du domaine d'application des lois et règlements portant statut de tel ou tel corps de fonctionnaires. Il s'agit bien d'une compétence de droit commun qui est d'ailleurs plus large qu'il ne paraît. Le principe est formulé de façon générale dans l'arrêt déjà cité du 10 avril 1959. Syndicat national des speakers de la R.T.F. (L 231). A propos du statut des speakers, le Conseil d'Etat reconnaissait l'existence « d'un pouvoir réglementaire qui sur les points où l'ordonnance... n'exigeait pas l'intervention d'un décret, n'appartenait qu'au ministre sous l'autorité duquel le service de la R.T.F. était placé ». Plus explicite encore est l'arrêt du 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires (L 241) : « L'autorité administrative compétente peut, dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires applicables, fixer et modifier librement les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels ».

Ce pouvoir s'exerce largement à propos des agents contractuels. Il est presque entièrement discrétionnaire en ce qui concerne les contrats de droit public puisque le Code du Travail ne s'applique pas (CE 8 juillet 1959. Section de la Corrèze du Syndicat national de l'apprentissage. L 437, circulaire ministérielle qui « fixe, par voie de disposition réglementaire, les droits des agents » licenciés). Des agents de droit privé peuvent aussi se trouver régis par des statuts qui, pour être de droit privé, n'en sont pas moins unilatéraux. La réglementation du chef de service peut aussi atteindre des agents non contractuels : le maire peut, en vertu de ses pouvoirs généraux, organiser un concours pour le recrutement d'un agent communal (CE 28 novembre 1962. Commune de Deuil-la-Barre et sieur Michaud. L 638).

Les divers collaborateurs de l'Administration sont également soumis au pouvoir du chef de service dans la mesure où ils participent au fonctionnement du service. Une espèce intéressante montre combien le Conseil d'Etat s'efforce de conserver au chef de service une large part de pouvoir discrétionnaire : les documents d'arpentage du cadastre sont établis par des personnes privées agréées. Un décret donne compétence au directeur général des impôts pour établir la liste des personnes agréées. Un arrêté ministériel a pu fixer les conditions requises pour être agréé « en vertu des pouvoirs propres dont (le ministre) dispose en vue de déterminer les conditions d'organisation et de fonctionnement internes du service du cadastre — placé sous son autorité — et chargé... d'assurer en régie, avec au besoin le concours de personnes étrangères au service, l'exécution... des travaux de conservation du cadastre » (CE 22 février 1963. Leblanc. L 111).

Mais le pouvoir réglementaire du chef de service qui répond à une nécessité de fait, ne saurait se limiter à ce rôle purement supplétif lorsque la nécessité se fait pressante. Il peut intervenir

même dans des matières réservées au statut général lorsque son intervention est seule à même de résoudre des difficultés créées par une insuffisance ou une carence du statut. Une circulaire « a fixé impérativement » certaines modalités de la mise à la retraite d'office des instituteurs (CE 3 mai 1957. Dame Costentin. L 275).

Le principe de la continuité du service public se manifeste surtout en matière de droit de grève. Malgré une disposition formelle de la Constitution qui réserve à la loi le pouvoir de réglementer le droit de grève, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à passer outre à la carence de la loi (CE 7 juillet 1953. Dehaene. RDP 1950.650. La réglementation d'origine gouvernementale est présentée comme une mesure d'organisation du service et elle appartient au chef de service et non au Gouvernement en tant que tel, comme le suggérait la lettre de l'arrêt Dehaene. Elle a toujours été faite par voie de circulaires ministérielles (par ex. CE 28 novembre 1958. Lepouse. AJDA 1958.128). Récemment le maire, chargé « d'assurer le bon fonctionnement des services publics placés sous son autorité » (T.A. Bordeaux 10 avril 1962. Pouzenc. L 740) et un directeur de ministère (CE 19 janvier 1962. Bernadet et autres. D 1962.202, note Leclercq) se sont vu reconnaître une compétence analogue. Cette substitution de compétence demeure malgré tout exceptionnelle ; elle ne peut se justifier que par des contraintes de fait qui la rapprochent de la théorie des circonstances exceptionnelles. Il s'agit d'abord d'assurer la marche de l'Administration. Cet impératif l'emporte parfois sur le respect strict des règles de compétence et le pouvoir du chef de service s'élargit naturellement à la mesure des besoins (9).

3°) L'unité de but des mesures d'organisation du service

Ce rapide tour d'horizon des domaines d'intervention du chef de service dans l'exercice de son pouvoir réglementaire en montre l'extrême variété. La nature des choses empêche de cantonner ce pouvoir dans un domaine strict. Un seul lien permet d'en unir

(9) C.E., 16 décembre 1966. Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures...

Note Liet-Veaux, R.A. 1967.36

Note Piquemal, Droit ouvrier, 1967.5

Note Gilli, D.S. 1967.105

Note Sinay, J.C.P. 1967.15058

Concl. Bertrand, A.J.D.A. 1967.99.

C.E., Ass. 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., A.J.D.A. 1966.248.

R. GARIN, *Orientations récentes de la jurisprudence en matière de grève dans les services publics*, A.J.D.A. 1966.267.

Cet auteur manifeste le même souci que nous de voir la jurisprudence s'orienter « vers la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire aux chefs de services publics personnalisés ».

les différentes manifestations. Toutes ont ou devraient avoir pour but l'intérêt du service. Telle est leur véritable marque distinctive ; telle est la mesure du pouvoir du chef de service. Toute limitation au droit de grève qui n'est pas indispensable à la continuité du service est illégale. Si le maire peut « prendre les mesures nécessaires pour que cette communication (des procès-verbaux de séance) ne donne lieu à des agissements de nature à perturber le fonctionnement des services municipaux », des dispositions trop restrictives sont illégales (CE 23 mars 1962. Casa-bianca. L 207). Déjà, en 1936, l'arrêt Jamart condamnait le caractère excessif de la décision ministérielle.

Il faut en conclure que du point de vue de sa légalité interne, toute mesure indispensable au bon fonctionnement du service est valable quelle que soit sa nature matérielle. Comme en matière de police et pour les mêmes raisons (dans les deux cas il s'agit d'un pouvoir fonctionnel), la régularité intrinsèque de la mesure prise dans ce but, découle de son adaptation aux motifs de fait. Le pouvoir est moins étroitement lié qu'en matière de police, car il rencontre moins de limites fondées en droit. Ces limites n'en existent pas moins.

§ 4. — *Les limites aux pouvoirs du chef de service*

1°) *Le caractère interne des pouvoirs du chef de service*

Les pouvoirs du chef de service ont pour fondement la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du service. Il en résulte une première limitation déjà soulignée : le chef de service est sans pouvoirs en dehors du service, sans autorité à l'égard des personnes et des activités étrangères au service.

Mais il a été moins souvent noté que ses pouvoirs sont limités à l'égard du service lui-même. Seuls les aspects internes du service relèvent de sa compétence. La jurisprudence le souligne parfois (par ex. : CE 22 février 1963. Leblanc. L 111), elle le sous-entend toujours. Ceci ne signifie pas le retour à une conception dépassée de l'ordre intérieur conçu comme un ordre juridique distinct, mais subordonné. Le pouvoir réglementaire du chef de service est pleinement intégré à l'ordre juridique mais il se heurte à des limites fonctionnelles qu'il ne peut dépasser sans se dénaturer.

Tout d'abord l'existence même du service ne dépend pas du chef de service. Ce dernier a un pouvoir de gestion, d'administration, mais non un pouvoir initial. Il ne peut créer le service, cela va sans dire. Toutefois, il peut créer un service nouveau, si ce dernier peut être considéré comme l'accessoire d'un service existant (CE 27 avril 1945. Lauliac. S 1946.3.34). Une telle décision doit être conforme aux règles posées par la jurisprudence à propos de création de services publics, telle que la règle de

carence de l'initiative privée s'il s'agit d'une intervention dans le domaine économique. Il ne peut non plus supprimer le service car il sortirait de sa fonction qui est essentiellement d'assurer la continuité. Si le principe est simple, sa mise en œuvre est parfois délicate. L'aménagement interne du service peut ne pas se différencier d'une création ou d'une suppression. La fermeture d'un centre d'accueil pour garçons délinquants dans un hôpital psychiatrique reste une mesure d'organisation du service (CE 6 mai 1960. Vinard. N° 40.940). Le pas semble franchi avec une décision supprimant les émissions de télévision sur 441 lignes (CE 27 janvier 1961. Vannier. L 60).

Le chef de service n'a aucun pouvoir d'appréciation sur le but du service tel qu'il est défini par l'acte constitutif. L'aménagement ne saurait tendre qu'à la réalisation intégrale de la fin, que le chef de service n'a pas compétence pour définir ni pour interpréter. Le commissaire du Gouvernement Bernard a évoqué cet aspect de la question dans ses conclusions sous l'arrêt du 6 octobre 1961, U.N.A.P.E.L. (R.D.P. 1961.127). Une décision qui a pour but, non d'aménager un service (l'école primaire communale), mais de tirer les conséquences de sa suppression ne peut se fonder sur la jurisprudence Jamart. Le chef de service en tant que tel, n'a pas compétence pour définir les buts et objets de son service, mais seulement les voies et moyens.

Même dans ce dernier domaine, il ne peut intervenir tout à fait librement. S'il peut discrétionnairement répartir le travail à l'intérieur des services qu'il dirige, il ne peut aller jusqu'à créer une autorité qui acquerrait une existence autonome et qui ne serait pas prévue par le statut du service. Un décret ayant prévu que le service de contrôle des assurances relevait d'un directeur des assurances privées et du ministre des Finances, ce dernier ne peut créer aucune autre autorité investie du pouvoir hiérarchique telle qu'un commissaire contrôleur général (CE 3 février 1961. Coulinet. L 77). Dans ce cas, l'arrêté ne méconnaît directement aucune disposition du décret ; il opère seulement une adjonction illicite car elle excède la notion d'aménagement interne.

Le chef de service dispose ainsi d'un pouvoir nettement distinct et beaucoup plus limité que celui qui est traditionnellement reconnu au chef de l'Etat puis au chef du Gouvernement. Ce dernier tient directement de la Constitution un pouvoir réglementaire autonome en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics.

Dès avant 1958, ce pouvoir ne se limitait pas à la réglementation interne mais s'étendait à l'ensemble du statut du service, même s'il n'intervenait pas pour l'application d'une loi. Traditionnellement, la création et la suppression de départements ministériels et les transferts d'attribution entre eux sont opérés par voie de

décret. La jurisprudence Mogambury est également une manifestation de la différence entre les deux compétences (CE 2 décembre 1892. Sirey 1894, 3^e 97. Conclusions Romieu. Note Hauriou) « ... le droit de répartir les attributions des agents administratifs nous paraît être de l'essence du pouvoir du chef de l'Etat », déclarait Romieu. Seuls la loi ou un décret légalement pris peuvent attribuer un pouvoir de décision à un agent, autrement dit créer une autorité administrative dotée de prérogatives propres. Cette possibilité semble être la pierre de touche de la distinction entre le Gouvernement qui « dispose de l'administration » (article 20 de la Constitution) et le chef de service qui reste un exécutant.

Malgré tout, on ne peut tracer de façon générale et *a priori* un critère du caractère interne dévolu aux pouvoirs du chef de service. Le plus souvent, il convient d'examiner, cas par cas, les incidences de la mesure prise pour en déterminer le caractère. Mais il reste une directive jurisprudentielle qui doit inspirer les solutions concrètes et contenir le chef de service dans des limites conformes à sa fonction.

2°) *Le caractère subordonné des pouvoirs du chef de service*

Il s'agit ici d'un caractère qui découle purement et simplement de la place des mesures d'organisation du service dans la hiérarchie générale des actes et des organes juridiques. Il est déterminé par la jurisprudence elle-même puisque ces pouvoirs n'ont pas de fondement textuel. Etant donné leur base légale ou plutôt jurisprudentielle, il aurait été inconcevable que le juge administratif leur assigne une place élevée dans la hiérarchie des actes juridiques. Il aurait fait par là œuvre de gouvernement au sens le plus élevé du terme mais il se serait dressé contre la loi qu'il a mission de faire respecter.

Il a préféré une solution plus logique : faire jouer le pouvoir qu'il a fondé lui-même à l'intérieur des limites dressées par les pouvoirs fondés en titre. La non incidence de la mesure sur un statut légal qu'avait dégagée M. Rivero, doit être interprétée dans ce sens : « Tout acte ne peut rien sur les situations qu'établit un acte doué d'une autorité supérieure à la sienne. De ce point de vue, la mesure d'ordre intérieur vient normalement s'insérer dans la hiérarchie des actes » (Thèse N° 40).

Située au plus bas degré de cette hiérarchie, la mesure de service doit respecter toutes les situations fondées en droit, ce qui ne signifie pas qu'il soit sans pouvoir sur elles. La jurisprudence relative aux horaires d'ouverture des bureaux et à la communication des documents officiels montre bien comment le chef de service peut être amené à réglementer l'exercice d'un droit légal, à concilier l'intérêt du service avec le respect de ce droit. Un arrêté stipulant que les contribuables ne pourront prendre con-

naissance des archives communales que le samedi est illégal non parce qu'il limite les droits des contribuables, mais parce qu'il apporte une limite excessive qui n'est pas justifiée par les besoins du service. (CE 12 décembre 1941. Perduin. L. 214). Cette conciliation doit prendre en considération les circonstances de lieu et de temps. Dans un village, les bureaux n'ont pas à être ouverts en permanence, si en pratique, on peut s'adresser au maire ou au secrétaire pour obtenir satisfaction (CE 2 novembre 1960. Costedoat. AJDA 1960.II.383).

En règle générale, il s'agit moins de concilier deux exigences de nature différente que de respecter purement et simplement un droit légal. La jurisprudence recherche avec soin si une mesure compétamment prise ne méconnaît les termes d'aucun texte légal (Ce 24 juin 1961. Syndicat national indépendant et professionnel des C.R.S. L. 430. exemple d'annulation d'un tableau de service dont certaines dispositions violent une loi). Au besoin, le juge procède à un examen, disposition par disposition, annule certaines et maintient certaines autres (CE 3 mai 1957. Dame Costentin. L. 275) (10).

L'importance de cette règle de subordination tient à sa sanction contentieuse : toute personne qui justifie d'un intérêt est recevable à contester la conformité d'une mesure d'organisation du service à une règle supérieure. Notamment les agents publics peuvent faire respecter les droits qu'ils tiennent de leur statut, nonobstant toute considération tirée de leur subordination hiérarchique. Il s'agit là d'une soupape de sûreté, d'autant plus que les mesures affectant les droits statutaires et les prérogatives de la fonction ne sont pas rigoureusement distinguées des autres.

Cette recevabilité du recours a connu une extension intéressante avec deux décisions récentes permettant à des agents publics de critiquer des mesures portant atteinte à des pouvoirs qu'ils tiennent d'un texte supérieur (CE 19 octobre 1962. Princeteau. AJDA 1962.667. CE 8 mars 1963. Centre Hospitalier de Brest et sieur Mauviel. AJDA 1963.500). Il est admis qu'une commission administrative d'hôpital ne peut prendre une délibération qui « a pour effet de porter atteinte à l'autorité des chefs de service » de l'hôpital telle qu'elle est établie par un décret. La nouveauté est que le chef de service peut faire respecter sa situation administrative et les prérogatives qu'elle comporte et qu'il « justifie ainsi d'un intérêt lui donnant qualité pour... poursuivre l'annulation » d'une telle décision. L'élargissement des conditions de recevabilité des recours des agents publics aboutit dans ce cas à un renforcement de l'autorité hiérarchique. Mais il faut voir que les commissions administratives prises en

(10) C.E., 10 janvier 1967. Syndicat unifié des techniciens de la R.T.F., A.J.D.A. 1967.296, chr. 270. Le règlement de travail de la R.T.F. doit être conforme au Code du Travail pour les agents de droit privé et à leurs statuts pour les fonctionnaires.

tant que chef de service ont vu leurs délibérations contestées et annulées.

Le caractère subordonné des pouvoirs du chef de service est donc maintenu avec force par la jurisprudence et les possibilités de recours pour excès de pouvoir assurent une sanction efficace. De cette subordination se détache un principe de subsidiarité qui mérite une étude séparée.

3°) *Le caractère subsidiaire des pouvoirs du chef de service*

Nous avons précédemment circonscrit le domaine naturel où pouvait s'étendre le pouvoir réglementaire du chef de service. Mais ce pouvoir ne répond nullement à un critère matériel, il ne dispose pas davantage d'un domaine réservé. Bien au contraire, il présente un caractère subsidiaire selon lequel il ne peut, en principe, s'exercer que sur les matières qui ne font l'objet d'aucune détermination légale de compétence.

Le premier aspect en est l'impossibilité de réglementer une matière qui a été évoquée par une autorité supérieure. Le cas le plus fréquent est celui où des règles statutaires sont prises par circulaires ministérielles et non par règlement d'administration publique ou décret comme le prévoit le statut général de la Fonction Publique. Dans une telle hypothèse, il y a incompetence qui entraîne annulation (CE 20 décembre 1957. Syndicat National de la R.T.F. L 700). Mais la solution est générale. Lorsqu'un décret attribue compétence à un arrêté interministériel, une circulaire émanant d'un seul ministre est illégale (CE 29 juin 1960. Trebosc. L 429), de même qu'une note de service d'un sous-directeur (CE 15 mars 1967. Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire. AJDA 1967.300).

Il ne s'agit plus d'une contrariété entre deux dispositions hiérarchisées, mais de la méconnaissance d'une règle de compétence. Il va sans dire que cette hypothèse est très pratique en raison de la multiplication des règles supérieures. Elle conduit à des conséquences assez graves : en cas de carence de l'autorité régulièrement compétente, le chef de service ne peut se substituer à elle, malgré l'intérêt qu'une telle substitution présenterait pour le bon fonctionnement du service. Le caractère fonctionnel de la compétence est ainsi mis en échec, mais toute autre solution porterait une grave atteinte à l'ordre normal des compétences et provoquerait incertitude et désordre. Le seul palliatif, relativement peu satisfaisant, est le droit pour le chef de service de susciter une réglementation : le ministre peut et doit faire prendre un décret plutôt que d'édicter une circulaire irrégulière.

Cette solution est rigoureuse. Dans des hypothèses normales, elle ne provoque pas trop de perturbations, mais il est des cas où elle se heurte littéralement à la nature des choses. A ce moment-là, le principe fonctionnel l'emporte sur le principe

hiérarchique. Il en est ainsi bien entendu en cas de circonstances exceptionnelles par application d'une théorie plus générale (CE 7 janvier 1955. Andriamiseza RDP 1955.709). Mais nous avons vu que la théorie jurisprudentielle des limites à l'exercice du droit de grève se rapproche de celle des circonstances exceptionnelles (cf. en particulier la note Waline sous CE 7 juillet 1950. Dehaene. RDP 1950.650). « D'abord gouverner et administrer, ensuite exécuter la loi, ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales ». Ces paroles d'Hauriou, sous l'arrêt Heyries (S 1922.III.49) trouvent tout naturellement application dans le cadre du fonctionnement de l'administration. Le Conseil d'Etat semble considérer la grève comme constitutive de circonstances exceptionnelles sinon au sens strict, du moins au sens large. On ne peut expliquer qu'ainsi la possibilité offerte au Gouvernement et à travers lui aux chefs de service de déroger à une règle de compétence posée par le Préambule de la Constitution au profit de la loi. La réglementation du droit de grève semble en tout cas être la seule exception notable au principe selon lequel les matières évoquées par une autre autorité échappent à la compétence du chef de service (11).

Le caractère subsidiaire des pouvoirs du chef de service apparaît sous une seconde forme : lorsque le chef de service tient une de ses compétences d'un titre légal quelconque, il n'a plus besoin d'invoquer ses pouvoirs propres, inhérents à sa qualité. Il lui suffit de fonder sa décision sur ce titre spécial, même si matériellement elle constitue bien une mesure d'aménagement intérieur du service.

Dans de tels cas, la théorie cesse de s'appliquer et le régime juridique de la décision est celui qui résulte du texte initial qui la fonde. Dans la mesure où une partie importante de ce régime découle de l'autorité dont émane la décision, cette substitution de base légale n'entraîne pas de très grands changements.

Toutefois, il est des cas où la coïncidence de régime disparaît. Le maire peut réglementer l'exploitation des services municipaux en vertu de ses pouvoirs de police générale (art. 97 de la loi de 1884) dans la mesure où cette exploitation intéresse l'ordre public (12). Il en résulte que dans une hypothèse exactement analogue à celle de l'arrêt Jamart, le maire prend une mesure de police (TA Lille. 15 décembre 1958. Maille. AJDA 1959.244. interdiction d'accès à un abattoir municipal d'un chevilleur qui y troublait l'ordre public). De même la police des établissements

(11) Un arrêt déjà ancien ouvrait la porte à de nombreuses exceptions, mais il n'a pas fait jurisprudence (C.E., 24 janvier 1919, BONNAPOUR, L. 81. Une circulaire fixant à la place d'un F.A.P. les modalités d'application d'une réforme administrative).

(12) Pour plus de précisions, voir P.H. TEITGEN, *La police municipale*. Thèse Nancy 1934, p.161 et sq.

hospitaliers de la Seine est attribuée au préfet de police (CE 22 mars 1963. Département de la Seine c/ Dlle Lorée. L 193).

En définitive, et cela résulte bien de la formulation des arrêts, la théorie des pouvoirs du chef de service est bien une théorie subsidiaire. Elle ne trouve application qu'à défaut de toute autre. M. Rivero montrait bien la portée réelle de la jurisprudence Jamart : « Le pouvoir du chef de service y apparaît, en effet, comme la justification théorique des décisions administratives dont l'intérêt d'une bonne administration exige le maintien et qui ne se peuvent expliquer par aucune autre construction ». Il est, en effet, visible que la jurisprudence n'utilise jamais cette théorie que pour rejeter un moyen tiré du défaut de base légale d'une mesure prise dans l'intérêt du service.

Cette conclusion peut paraître décevante. Elle n'est que modeste. La théorie des pouvoirs du chef de service fait l'objet d'une construction juridique qui a fait ses preuves. Elle répond à un besoin évident et elle semble y répondre d'une manière aussi satisfaisante que possible. Depuis 1936, elle joue son rôle dans le Droit positif et, si modeste que soit ce rôle, elle contribue efficacement à régulariser l'activité administrative.

CHAPITRE II

LE REGLEMENT INTERIEUR DES ASSEMBLEES ADMINISTRATIVES

A côtés des agents et autorités qui exercent leurs attributions individuellement, l'Administration française connaît un très grand nombre d'organismes collectifs dont les noms sont aussi divers que l'organisation et les pouvoirs. Le fonctionnement de ces assemblées exige naturellement une autorité chargée de diriger les travaux et une réglementation juridique de la procédure suivie. Cette double nécessité se fait sentir pour toutes les assemblées de toute nature, car elle est inhérente à leur nature collective. En droit administratif, elle est à la source d'une compétence spéciale. Le droit pour toute assemblée d'établir son règlement intérieur indépendamment de toute habilitation textuelle. Mais ce pouvoir d'auto-organisation dont le fondement est analogue à celui du chef de service connaît des limites comparables.

Section I. — La reconnaissance aux assemblées d'un pouvoir de réglementation intérieure.

§ 1. — *Le problème théorique du règlement intérieur*

La meilleure explication théorique de ce pouvoir est donnée par la thèse de M. Rivero : Le droit pour un chef de service d'édicter des règles d'ordre intérieur et celui pour une assemblée d'élaborer son règlement intérieur ont en effet un fondement commun qui reste permanent quelle que soit l'évolution du régime juridique en droit positif (1).

(1) RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*. Thèse Paris 1933, titre II, chapitre III, § 2. Le règlement intérieur des assemblées, pp. 175-187, n° 90-95.

Le premier point à souligner est l'identité de principe des règlements parlementaires et des règlements des assemblées administratives.

Historiquement, les pratiques se sont formées sur un même modèle. « Cette évolution historique n'est sans doute que le reflet d'une réalité plus profonde : le droit de réglementation intérieure, pour les assemblées locales pas plus que pour les assemblées souveraines, n'est un droit concédé : c'est un droit originel, qui résulte de la nature des choses. Les Parlements le possèdent, non pas en tant que souverains, mais en tant qu'assemblées » (n° 90).

Toutefois, le règlement des assemblées parlementaires ne nous retiendra pas. Dans les catégories du droit positif, il n'est pas un acte administratif mais un acte parlementaire en raison de la qualité de son auteur. Il est soumis de ce fait à un régime juridique extrêmement différent (subordination à la Constitution et aux lois organiques, contrôle contentieux du Conseil constitutionnel...). L'effacement de la souveraineté parlementaire et l'apparition d'une sanction juridictionnelle montre de mieux en mieux l'identité de nature sans aboutir à une confusion de régime.

Le bon fonctionnement d'une assemblée requiert des règles d'autant plus précises que les effectifs seront plus nombreux et plus hétérogènes. Mais, dans tous les cas, une certaine discipline est indispensable. Dans une institution développée, des raisons d'efficacité militent en faveur d'une élaboration générale et impersonnelle (la connaissance préalable de la règle par tous les intéressés en facilite le respect). La réglementation intérieure correspond donc à une nécessité de fait (il faut y joindre le pouvoir de police du président pour en assurer l'application, au besoin par la contrainte).

Elle est souvent imposée pour partie par le texte institutif de l'assemblée : La Constitution de 1958 édicte des règles intérieures pour les Chambres parlementaires. Les lois de 1871 et de 1884 agissent de même à l'égard des conseils généraux et municipaux. Mais ces prescriptions supérieures ne peuvent ni ne veulent être exhaustives.

Or une lacune grave est insupportable si elle doit conduire l'assemblée à la paralysie ou à l'anarchie. Une part irréductible d'auto-organisation est nécessaire à l'assemblée pour lui permettre la réalisation de ses fins propres en dépit des insuffisances inévitables de la réglementation supérieure.

Cette nécessité de fait est établie par toutes les observations d'ordre sociologique : Une « règle du jeu » se forme spontanément dans toutes les réunions humaines de quelque ampleur. A plus forte raison, l'institutionnalisation entraîne-t-elle la multiplication de règles de conduite obligatoires.

Comme dans le cas du chef de service, la justification par le

fait porte en elle les germes d'une justification juridique : L'autorité qui a créée l'assemblée a implicitement mais nécessairement voulu qu'elle dispose des éléments nécessaires à l'accomplissement normal de sa mission.

Le raisonnement suivi est le même. Le juge administratif l'a, semble-t-il, fait sien dans le premier cas. En va-t-il de même dans le cas du règlement intérieur des assemblées ?

§ 2. — Le problème jurisprudentiel du règlement intérieur

Il est fréquent qu'une assemblée se voit conférer par son texte institutif le droit d'établir son règlement intérieur. Dans ce cas, le juge se borne à reconnaître l'existence d'une compétence légale. L'exemple le plus typique est l'article 26 de la loi du 10 août 1871 relative aux Conseils généraux. Le seul problème est alors de savoir si le législateur a entendu reconnaître une compétence naturelle ou procéder à une habilitation indispensable.

La réponse n'est indispensable au juge que pour résoudre le problème suivant : En l'absence de tout texte exprès, une assemblée peut-elle établir elle-même son règlement intérieur ? Ce problème ne semble pas avoir jamais été tranché explicitement par le juge. Mais cette abstention s'explique fort bien car le principe même de la compétence n'a pas été contesté en pratique. Seules des modalités d'exercice ont été discutées devant le juge et encore fort rarement.

Le silence du texte institutif est assez fréquent : La loi du 5 avril 1884 ne contient aucune disposition générale applicable aux Conseils municipaux. En pratique, ces derniers ont établi des règlements intérieurs sans que personne ne leur conteste ce droit. Le champ d'application de cette solution nous semble suffisamment vaste pour lui conférer une valeur de principe.

Malgré l'absence presque totale de jurisprudence, on peut estimer que toute assemblée délibérante a le droit de prendre une délibération portant règlement intérieur. (CE 22 janvier 1909. L. 78, le Conseil d'Etat admet un recours fondé sur la violation du règlement intérieur d'un conseil de faculté). Le contrôle de tutelle s'exerce sur cet acte conformément aux règles de droit commun applicable aux actes de cette assemblée. Le règlement intérieur d'un Conseil municipal est exécutoire de plein droit puisqu'il ne figure pas dans la liste des délibérations soumises à approbation. Le contrôle juridictionnel résulte normalement des principes généraux du droit.

La discrétion du juge s'explique assez facilement. Cette compétence spontanée, bien que consacrée en droit à notre avis, s'exerce le plus souvent en dehors de toute procédure formelle : Quiconque a fréquenté un Conseil municipal de petit village, sait qu'il applique par tacite assentiment des règles qui n'ont jamais été transcrites dans aucune délibération et qui sont pour-

tant considérées comme obligatoires : la vie intérieure des assemblée, comme celle des services, échappe dans sa majeure partie à la connaissance du juge et du public.

Mais la plus grande partie des assemblées sont strictement consultatives et non délibérantes. Elles n'ont pas de pouvoirs propres de décision et ne peuvent formuler que des avis ou des vœux. La nécessité d'une réglementation intérieure se fait pourtant sentir de façon analogue.

Si l'examen de la jurisprudence ne peut nous fournir aucune indication, l'observation de la pratique administrative montre qu'une solution a été trouvée et qu'elle est appliquée empiriquement : en l'absence de prescriptions formelles différentes, une assemblée consultative propose un projet de règlement intérieur à l'autorité auprès de laquelle elle est établie. Cette dernière donne au projet sa valeur d'acte juridique obligatoire (2). Une telle procédure qui concilie habilement les nécessités de fonctionnement des assemblées et le respect de l'ordonnement juridique légal, peut s'appliquer par exemple aux commissions de développement économique régional instituées auprès des préfets de région par le décret du 14 mars 1964 qui reste muet sur la question des règlements intérieurs.

Section II. — Le régime juridique du pouvoir de réglementation intérieure des assemblées.

La connaissance que l'on a du régime juridique de la réglementation intérieure ne peut être que succincte et indirecte. Le Conseil d'Etat élabore une théorie de la procédure administrative non contentieuse, mais son incidence sur le pouvoir de réglementation intérieure ne peut être appréciée directement en l'absence quasi-complète de contrôle juridictionnel sur le règlement lui-même.

§ 1. — *Etendue et limites du pouvoir de réglementation intérieure des assemblées*

Le champ d'application de ce pouvoir n'appelle pas de longs commentaires : Il s'agit d'un pouvoir d'auto-organisation qui ne peut s'exercer que sur l'assemblée elle-même. Son but est aussi clairement délimité : les règles édictées doivent avoir pour but d'assurer le bon fonctionnement de l'assemblée. Leur adaptation aux motifs de fait assure leur validité. Il n'y a donc pas à proprement parler d'énumération possible des droits de l'assemblée en la matière. Leur étendue résulte d'une part de leur but et d'autre part des limites qu'elles rencontrent.

(2) Cf. CADOUX, *La procédure consultative*, Annales de la faculté de droit de Lyon, 1960.

1°) *Le caractère interne du règlement intérieur*

L'assemblée est sans autorité à l'égard des personnes et des activités étrangères à elle-même. De plus, seuls les aspects internes de son organisation et de son fonctionnement font l'objet du règlement intérieur.

Ce dernier est sans prise sur l'existence, la composition et les attributions de l'assemblée. Par exemple le Conseil général et le Conseil municipal peuvent créer librement des commissions, mais ils ne peuvent leur déléguer une partie quelconque de leurs attributions car une compétence ne se délègue pas sans texte (3). En l'absence de critère précis, l'examen, cas par cas, de l'incidence de la mesure permet d'en déterminer le caractère.

Sous cette réserve, la gamme des questions de procédure intérieure est fort large et aucune énumération ne pourrait être limitative : instruction des affaires, tenue des séances, vote... Le modèle des règlements parlementaires mis au point par des siècles de pratique, peut être repris avec fruit (4).

2°) *Le caractère subordonné du règlement intérieur*

Le règlement intérieur se situe à un niveau inférieur dans la hiérarchie des actes juridiques. Il ne peut sortir des limites dressées par les pouvoirs fondés sur un titre exprès. Notamment, il doit respecter le statut légal ou réglementaire de l'assemblée. Ces dispositions statutaires sont parfois développées, par exemple à l'égard des Conseils municipaux dont l'autonomie se trouve de ce fait assez réduite (règles de quorum et de majorité, publicité des séances...).

Une autre conséquence du principe de légalité est que l'assemblée doit respecter les règles de procédure dégagées par la jurisprudence. Certaines sont uniquement supplétives. Elles sont assez nombreuses pour dispenser beaucoup d'assemblées d'établir formellement un règlement intérieur écrit. Mais d'autres ont valeur obligatoire et constituent même des principes généraux du droit : Les conséquences du principe des droits de la défense sur les organismes disciplinaires sont très étendues (composition impartiale de l'organisme, caractère contradictoire de la procédure...). Les exigences du juge sont moins fortes à l'égard des autres assemblées. Mais elles ont dégagé une sorte de droit commun des conditions de fonctionnement des assemblées.

(3) C.E., 1^{er} mai 1903, BERGÈRE L. 324 (pour une commission générale du conseil municipal) cf. « Les commissions du Conseil municipal et du Conseil général », A.J.D.A. 1952.164.

(4) Cf. par exemple, F. REICHERTARD, *Le projet de règlement intérieur type des Conseils Généraux, Départements et Communes*, Février 1965.

3°) *Le caractère subsidiaire du règlement intérieur*

Le droit spontané par une assemblée d'établir son règlement intérieur ne peut s'exercer que sur les matières qui ne font pas l'objet d'une détermination légale de compétence. Une matière évoquée par une autorité supérieure ne peut en principe être réglementée même en cas de carence de cette dernière pour des raisons de compétence et non de fond.

D'autre part, lorsque l'assemblée détient un titre légal à établir son règlement, elle n'a pas à invoquer ses pouvoirs propres, mais seulement ceux qui lui sont conférés par ce titre. La différence pratique est faible lorsque l'étendue des prérogatives n'est pas déterminée par le titre légal et qu'il y a lieu d'appliquer la solution générale (il suffit de comparer la situation du Conseil général à celle du Conseil municipal).

Sur le plan théorique, la substitution de base légale montre bien le caractère subsidiaire et donc fonctionnel de cette compétence. Elle répond à un besoin de fait et ne se justifie que par rapport à ce besoin.

§ 2. — *Le contrôle juridictionnel du règlement intérieur*

Théoriquement le contrôle par le juge de la réglementation intérieure des assemblées aurait dû suivre la même évolution que celui qui s'exerce sur les pouvoirs du chef de service. L'analogie des deux compétences est en effet très grande.

La théorie de l'intériorité élaborée par M. Rivero dans sa thèse aurait dû être battue en brèche par l'intégration des actes intérieurs dans la légalité générale. Le raisonnement suivi à propos de l'arrêt Jamart, dans le chapitre précédent, peut être repris ici sans difficulté : L'absence d'incidence sur une situation légale explique le caractère subordonné de la compétence et non l'exclusion du contrôle juridictionnel.

Il est pourtant très difficile de trouver une ligne générale dans la jurisprudence. Les recours sont le plus souvent portés non contre le règlement intérieur, mais contre une décision de l'assemblée prise en violation du règlement ou au contraire conformément au règlement prétendu illégal. Le juge apprécie alors le moyen tiré du vice de forme, très exactement du vice de procédure, plus qu'il ne statue sur un problème de compétence. Il exige le respect des formalités légales substantielles mais il est beaucoup moins strict à l'égard des prescriptions que se fixe à elle-même l'assemblée.

Une interprétation curieuse de la loi de 1871 réduit encore le contrôle du juge : plusieurs décisions anciennes estiment que le Conseil général établit son règlement intérieur « avec pouvoir

souverain » et qu'il peut donc l'enfreindre sans illégalité (5). Les travaux préparatoires de la loi montrent que l'Assemblée Constituante avait pris modèle sur l'organisation parlementaire, mais comme le souligne M. Rivero. « le mot de souverain, appliqué à lui (le Conseil général) ne correspond manifestement à aucune notion juridique » (n° 95). Hauriou critique avec force cette solution qui écarte la règle « *tu pateres legem* » mais nul ne peut dire si le Conseil d'Etat l'applique toujours.

La thèse de M. Rivero cherche à l'expliquer autrement : « Le règlement d'ordre intérieur présente cette caractéristique... qu'il est sans incidence sur le plan de la légalité générale » (n° 95). C'est la loi qui fixe les conditions de régularité d'une délibération « toutes les conditions supplémentaires que l'assemblée s'impose à elle-même ont un autre but : un but de commodité si l'on peut dire et non de légalité » (n° 95). Certains arrêts peuvent s'expliquer ainsi (CE 26 mars 1926. Boulonnais. S. 1927.3.34, note Hauriou).

Mais cette thèse ne correspond plus à l'état actuel du droit positif dans les autres domaines où elle devrait trouver application. De plus, dans des cas d'illégalités graves, le juge a accepté d'exercer un contrôle sur le règlement intérieur de certains organismes (6). Faut-il penser que son abstention ne vaut que pour les conseils des collectivités locales ?

Il serait souhaitable que le Conseil d'Etat s'oriente plus franchement vers la reconnaissance complète du caractère de décision administrative au règlement intérieur des assemblées. La théorie des formalités substantielles serait sans doute suffisante pour éviter les complications qui semblent retenir le Conseil de s'engager dans cette voie (7).

(5) C.E., 7 août 1891, Nouveau-Eupin, S. 1893.3.99.

C.E., 22 mars 1912, Le Moign, S. 1913.3.105, note Hauriou.

C.E., 13 février 1914, Milson, L. 190.

(6) Cf. Aubry et Drago, *op. cit.*, n° 379.

C.E., 17 mars 1954, Luquet, L. 165 et C.E., 18 février 1955, Offner, D. 1955. 224. Annulation de décisions violant le règlement intérieur d'un conseil de l'ordre des médecins.

(7) Un arrêt récent réaffirme cependant l'irrecevabilité du R.E.P. : C.E., Ass., 6 mai 1966, Guillaud, L. 305.

CONCLUSION GENERALE DE LA DEUXIEME PARTIE

La multiplicité des compétences reconnues à des titres divers aux autorités les plus variées, pose un problème pratique et théorique d'aménagement.

1°) Le premier moyen d'éviter les conflits d'attribution consiste évidemment pour chaque autorité à demeurer dans le domaine qui lui a été assigné.

A cet égard, le droit français reconnaît, outre le pouvoir réglementaire autonome qui a un domaine, mais non une mission, trois types de pouvoirs réglementaires définis par leur fonction.

L'exécution des lois (et par assimilation d'autres textes) la police, l'organisation des services publics constituent autant d'objets distincts pour le pouvoir réglementaire. Une spécialisation fonctionnelle des autorités s'ensuit, car les trois catégories ne sont pas interchangeables et doivent être utilisées séparément (1).

Elle prévient les empiètements d'une autorité sur la compétence d'une autre : ainsi le préfet qui peut faire des règlements de police ne peut faire des règlements d'application des lois (CE 16 mars 1955. Syndicat des maîtres artisans boulangers du Gard).

Elle prévient aussi la confusion des pouvoirs détenus par une même autorité en interdisant d'utiliser un pouvoir à l'autres fonctions que celles pour laquelle elles ont été conférées : le pouvoir de police ne peut être utilisé pour organiser un service public sans perdre *ipso facto*, ses caractéristiques propres, la sanction pénale par exemple.

Ces solutions qui mériteraient de plus amples développements montrent que le pouvoir réglementaire n'est pas un mais multiple, qu'il n'est qu'un procédé au service de différentes fonctions.

2°) L'aménagement des compétences se réalise aussi par la hiérarchie des autorités et des actes.

Il arrive, en effet, que les compétences de plusieurs autorités se recoupe sur un même domaine. (Par exemple la réglementation des taxis automobiles, CE 11 mars 1959. Chambre syndicale

des cochers et chauffeurs de voiture de place. AJDA 1959.314, compétence du maire, du préfet, du ministre du travail après consultation du Conseil général...).

Dans de telles hypothèses, seul le principe hiérarchique peut fournir une solution. Mais la simplicité de l'édifice classique n'est plus qu'un souvenir. Les hiérarchies peuvent être multiples et doivent être déterminées pour l'exercice de chaque compétence. La question a déjà été évoquée en de multiples endroits de cet ouvrage. Elle a été traitée de façon systématique par certains auteurs (2).

3°) Il faut enfin noter une altération exceptionnelle des règles de compétence. La première et surtout la seconde guerre mondiale ont provoqué l'apparition d'une législation d'exception accroissant considérablement les pouvoirs gouvernementaux.

La théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles a pour but avoué de légitimer des illégalités et des excès de pouvoir répréhensibles en période normale.

Elle aboutit toujours à consacrer la prééminence des organes exécutifs. Le Gouvernement en est bien entendu le premier bénéficiaire mais aussi ses représentants locaux et même le maire, chef du pouvoir exécutif de sa localité (CE 7 janvier 1944. Lecoq. JCP 1944.II.2663).

4°) L'Etat reste le noyau de la puissance publique dont les autres personnes ne sont que des démembrements. Cette vieille idée explique toujours le mode actuel d'aménagement des compétences en matière réglementaire.

A tort ou à raison, la fonction réglementaire reste l'apanage des autorités étatiques et même des autorités centrales.

Des discordances entre droit et fait sont alors inévitables. L'auteur réel de la décision n'est pas toujours le titulaire légal de la compétence. De façon plus nuancée, l'autorité à vocation générale n'intervient souvent que pour sanctionner une mesure élaborée par les intéressés. La procédure des avis, propositions ou rapports vise d'ailleurs à fonder en droit cette situation de fait.

Le système juridique français freine donc la diffusion du pouvoir réglementaire dans l'ensemble des structures administratives et même sociales. Une telle attitude est en partie justifiée dans la mesure où elle vise à maintenir une certaine simplicité dans l'ordonnement juridique et une certaine unité dans le pouvoir politique.

5°) La principale difficulté provoquée par les principes actuels d'aménagement des pouvoirs est qu'une même attribution peut être exercée par plusieurs autorités selon le procédé employé : la dissociation entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir de prendre les décisions particulières est assez fréquente. Elle est

(1) Cf. WALINE, *Traité*, p. 127.

(2) J. L. QUERMONNE et LACHAUME, *op. cit.*

trop vastes. Nous nous bornerons à mettre en évidence ce qui dans le contrôle juridictionnel de légalité des règlements permet d'expliquer les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire.

Section I. — Les particularités du contrôle juridictionnel de légalité sur les actes réglementaires.

Les deux formes principales du contrôle de légalité sont le contentieux de l'annulation qui s'exerce surtout par la voie du recours pour excès de pouvoir et le contentieux de la déclaration de validité à l'origine duquel on trouve souvent une exception d'illégalité. Elles seront seules examinées ici car leur évolution divergente est assez significative.

§ 1. — Le recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif. Il a pour effet d'assurer, par la sanction de l'annulation, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité. A ce titre, il peut être présenté comme la garantie de la soumission de l'Administration au droit.

Son développement historique a été long et progressif. Ce n'est qu'au début du ^{xx}e siècle que le R.E.P. prend ses caractères actuels, c'est-à-dire devient un recours juridictionnel d'ordre public. Mais c'est à la même époque que s'évanouit toute différence importante entre le régime contentieux des actes réglementaires et celui des autres actes.

Pendant longtemps, les règlements ont été largement protégés contre le contrôle du juge par la voie du recours pour excès de pouvoir. Deux théories justifiaient cette attitude qui assurait à l'Administration un pouvoir discrétionnaire très large en la matière (2).

D'une part, les règlements d'administration publique et les décrets pris en vertu d'une délégation législative, ne pouvaient faire l'objet d'un recours en raison de leur nature. L'invitation parlementaire à les prendre était, en effet, interprétée comme comportant une délégation de compétence faite par le Parlement au profit du Gouvernement. Elle conférait un caractère législatif à l'acte pris par le chef de l'Etat. Cette théorie ne se confond pas

(2) Avant 1872, le principe de la justice retenue conférait un caractère très différent au contrôle du Conseil d'Etat. Si la recevabilité des recours était admise de façon assez large, plus large en tout cas que pendant la période suivante, les moyens qui pouvaient être utilement invoqués étaient moins nombreux. En fait, le contrôle exercé sur les règlements est très restreint.

Cf. Pierre LANDON, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*.

avec celle de l'Ecole de Bordeaux. Ce sont des éléments organiques et formels et non matériels qui l'expliquent. Elle soumettait pourtant les plus importants des règlements au régime des actes législatifs. Elle est abandonnée depuis l'arrêt du 6 novembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est* (L. 913). Depuis lors, tous les actes émanant d'une autorité administrative sont susceptibles de recours en temps normal.

L'ensemble des règlements, en second lieu, étaient protégés par une théorie purement procédurale, l'exception de recours parallèle. On admettait qu'en raison de la liaison établie entre les deux actes, le juge de l'acte individuel d'exécution était seul compétent pour statuer sur la légalité de l'acte réglementaire qui le conditionnait : admettre un recours direct contre ce dernier aurait troublé la répartition des compétences. Cette exception, apparue vers 1867, était entendue très largement : elle jouait chaque fois que la loi prévoyait une autre voie de droit à caractère juridictionnel contre l'acte individuel (3). La fin de non-recevoir n'est actuellement plus opposée pour ce motif à un recours contre un règlement (CE 28 juin 1929, *Trutie de Varenx*. L. 635, en matière d'impôts directs. CE 16 mai 1930, *Santel*. L. 519, en matière d'impôts indirects).

Aucune particularité notable ne subsiste plus désormais au profit des règlements. Au regard du contentieux de l'annulation, ce sont des actes administratifs comme les autres (4). Ainsi, la théorie des décisions préviaires de rejet résultant du silence de

(3) Cf. IMBERT, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir de 1872 à 1900*, pp. 53-81, notamment pp. 63-77.

Jusqu'aux environs de 1850, le Conseil d'Etat décidait même que l'exception d'illégalité, susceptible d'être soulevée devant les tribunaux judiciaires, rendait le R.E.P. irrecevable contre les règlements de police sanctionnés par l'article 471-15° du Code Pénal. Il admet progressivement que le recours parallèle doit être une action directe et non une exception.

(4) Il semble cependant que le juge apprécie ce façon plus souple les conditions de recevabilité du R.E.P. En règle générale, il « continue à exiger que l'intérêt du requérant s'inscrive dans un cercle limité » qui ne peut normalement « s'agrandir aux dimensions de la collectivité nationale » (Conclusions CHENOT sous C.E., 10 février 1950, *CACQUEL* L. 95). Le R.E.P. ne saurait devenir une action populaire. Mais l'élargissement actuel du pouvoir réglementaire multiplie les hypothèses où le règlement intéresse également un nombre considérable voire illimité de personnes. Le commissaire du Gouvernement KAHN a souligné que l'absence de catégorie nettement définie d'intéressés ne doit pas conduire à supprimer toute possibilité de contrôle de légalité par voie d'action. Le Conseil l'a suivi tacitement dans une espèce (C.E., 12 février 1960, *Société Eky*, S. 1960.130, Conclusions KAHN. A propos d'un décret créant une infraction pénale que n'importe quelle personne peut commettre). Mais il est vraisemblable que le Conseil réserve toujours le recours aux personnes qui s'inscrivent dans un « cercle d'intérêts » précis et limité lorsqu'il en existe un. Le terme logique de l'évolution en cours est pourtant de reconnaître l'intérêt de toutes les personnes atteintes ou susceptibles d'être atteintes par le règlement.

L'Administration (décret 2 novembre 1864, art. 7, loi 17 juillet 1900, article 3) a été appliquée indistinctement à tout le contentieux par le juge. Par contagion, le refus de prendre un acte est considéré comme un acte administratif et la possibilité d'un recours contre un tel acte est étendue logiquement au cas des règlements, dans les conditions qui seront précisées plus bas.

L'intégration progressive des règlements dans le régime général a ainsi permis de développer considérablement le contrôle direct du juge sur leur légalité. Certaines conditions d'exercice du pouvoir réglementaire n'ont pu apparaître qu'à cause d'elle, certaines violations du principe d'égalité par exemple n'ont pu être sanctionnées autrement.

Si de nos jours, le recours en annulation contre un règlement ne présente aucune originalité notable, la situation antérieure, qui limitait souvent l'intervention du juge à un contrôle par voie d'exception, explique une règle encore en vigueur à l'heure actuelle : le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des règlements, indispensable en l'absence de recours direct.

§ 2. — L'exception d'illégalité d'un acte administratif

Les différences de régime subsistent au contraire de façon très importante en matière d'exception d'illégalité. L'héritage du passé se combine avec des motifs rationnels pour les expliquer. Suivant le tribunal saisi et la nature de l'acte argué d'illégalité, on se trouve en présence d'une question préalable ou d'une question préjudicielle. Mais la distinction cardinale réside dans le caractère perpétuel ou temporaire de l'exception.

A - QUESTION PRÉALABLE OU QUESTION PRÉJUDICIELLE

Une question soulevée par voie d'exception est préalable lorsqu'elle est tranchée par le tribunal qui est saisi de la question principale. Elle est préjudicielle lorsque ce tribunal doit surseoir à statuer sur l'exception pour la faire trancher par un autre tribunal.

Il n'y a jamais lieu à question préjudicielle à l'intérieur de la juridiction administrative en vertu du principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception. Tout tribunal administratif doit statuer, sans renvoi, sur les exceptions d'illégalité dont il peut être saisi. Cette jurisprudence est fermement établie (CE 16 juin 1950. Etablissements Batte. L. 370. Conclusions Gazier. CE 4 juillet 1952. Commune de Rochereau. RDP 1953.725, note Waline). Elle est consacrée par le droit écrit depuis la réforme du contentieux administratif intervenue en 1953.

En sens inverse, il y a toujours lieu à question préjudicielle lorsque un tribunal administratif est saisi d'une exception qui relève de la compétence de juge judiciaire.

Les solutions sont plus nuancées lorsque le juge judiciaire est saisi par voie d'exception d'une question de légalité d'un acte administratif. Elles cherchent un état d'équilibre entre des exigences contradictoires : séparation des pouvoirs et plénitude de compétence du juge, inconvénients des renvois et avantages à faire juger chaque élément du contentieux par son juge naturel (5). Elles ne peuvent être détachées des solutions parallèles en matière d'interprétation des actes administratifs (6).

Le contrôle de légalité des actes administratifs est en principe interdit aux tribunaux civils depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 16 juin 1923. Septfonds (S. 1923.3.49, note Hauriou). (Ce même arrêt leur donne le pouvoir d'interpréter les règlements parce qu'ils « participent du caractère de la loi »). C'est, semble-t-il, le seul cas où le juge fonde une solution sur le caractère matériellement législatif du règlement.

Cette solution reçoit quelques exceptions. Hormis le cas où le tribunal civil a plénitude de juridiction, il s'agit surtout de l'hypothèse de la voie de fait. La décision du 30 octobre 1947, Barinstein (JCP 1947.3.3966, note Fréjaville D 1947.467, note PLJ. RDP 1948.86, note Waline) l'autorise à apprécier la légalité des actes qui tendent à artériser des voies de fait. Bien que la formule soit imprécise, elle semble ne concerner que les actes réglementaires.

La compétence des tribunaux répressifs est beaucoup plus étendue : « il résulte de la nature de la mission assignée au juge pénal que celui-ci a, en principe, plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non-application des peines ; il lui appartient, à cet effet, non seulement d'interpréter, outre les lois, les règlements administratifs, mais encore d'apprécier la légalité de ceux-ci... » (TC 5 juillet 1951. Avranche et Desmarests. S 1952.3.1, note Auby). Par contre, l'appréciation de la légalité des actes non réglementaires reste réservée à la juridiction administrative, sauf dans les cas où une loi autorise la solution opposée.

Cette jurisprudence, inaugurée avec un arrêt de la Cour de Cassation du 3 août 1810, ne semble pas encore bien fixée. Elle est contestée par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (21 décembre 1961. D 1962.102) à laquelle le Tribunal des Conflits ne peut imposer une attitude, faute d'élévation possible du conflit. Des solutions légales particulières multiplient les exceptions, comme la nouvelle rédaction de l'article R 26.15° du Code pénal qui concerne non plus les règlements mais les décrets et arrêtés légalement faits (7).

Le droit positif s'oriente sans doute vers une extension de la

(5) Cf. VEDEL, De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, J.C.P. 1948.1.682.

(6) Cf. AUBY et DRAGO, op. cit. n° 475 à 481.

(7) Cf. note LAMARQUE sous Tribunal de police de Brest, 26 septembre 1960, D. 1961.500.

compétence du juge judiciaire, du juge répressif surtout, sous la pression de besoins pratiques. L'opposition traditionnelle entre les actes réglementaires et les autres est encore vivace, mais elle est sans doute appelée à s'atténuer (8). Il faut noter qu'elle résultait davantage d'une conciliation empirique d'exigences contradictoires que de l'application de principes clairs et sûrs. Qu'elle se maintienne ou non, il est assez vain de chercher en elle des clartés sur le régime juridique du pouvoir réglementaire : elle n'a pas de valeur explicative globale, en dehors des hypothèses qu'elle concerne directement.

B - LE CARACTÈRE TEMPORAIRE OU PERPÉTUEL DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

L'expiration des délais de recours contre une décision administrative a un effet purement procédural et non un effet de fond. Elle rend le recours irrecevable mais ne confère pas à la décision une présomption de légalité : l'illégalité de la décision peut toujours être invoquée à l'appui d'un autre recours qui n'est pas atteint par l'expiration du délai (une indemnité pour les dommages causés par la décision peut être obtenue jusqu'à la déchéance quadriennale des dettes publiques. L'exception d'illégalité permet d'écarter l'application d'une décision déclarée illégale par le juge. A son propos réapparaissent des différences entre les actes réglementaires et les autres.

L'exception d'illégalité est temporaire à l'encontre des actes particuliers. Elle ne peut être valablement invoquée que pendant le délai du recours pour excès de pouvoir. Un acte d'application ne peut plus être attaqué sans que l'acte initial l'ait été, si ce dernier n'est pas réglementaire et que son illégalité soit le seul moyen invoqué. (CE 31 juillet 1926. Soc. Gén. des Chaux et Ciments. L. 841. CE 13 janvier 1929. Lenger. L. 75. CE 17 mai 1929. L. 531. CE 18 mai 1945. Société auxiliaire de gestion et d'avance. S. 1947.3.37, note). En pratique le requérant est obligé d'attaquer à la fois l'acte initial et l'acte-conséquence (CE 23 mai 1947. Syndicat des médecins de la Guadeloupe. L. 216). Compte tenu de la brièveté des délais, l'illégalité d'un acte particulier ne peut provoquer sa disparition ou paralyser ses effets que pendant peu de temps. L'Administration a ensuite le droit et parfois le devoir (si l'acte a créé des droits acquis) de l'appliquer.

L'exception d'illégalité est au contraire perpétuelle si elle est invoquée à l'encontre d'un acte réglementaire. Même si ce dernier n'a pas été attaqué directement dans le délai du recours, son illégalité peut être invoquée à l'occasion de toutes les mesures d'application ou plus généralement de tous les actes-conséquences. La règle est certaine lorsque ces derniers ont un caractère

(8) Cf. en ce sens note MEURISSE sous T.G.I. de Verdun, 12 février 1965, D. 1965.421.

particulier (CE 9 janvier 1925. Frossard. L. 29. CE 6 janvier 1926. Cayrols. L. 6. CE 3 juin 1927. Bellenand. L. 637. CE 1^{er} mai 1929. Noirat. L. 438. CE 23 novembre 1951. Marcin Rowski. S. 1954.3.86. CE 1^{er} avril 1955. Harrach. R.P.D.A. 1955, N° 223...).

La jurisprudence s'est refusé pendant un certain temps à appliquer la même solution lorsque l'acte-conséquence était réglementaire. (CE 9 février 1934. Mouan et ville de Cannes. L. 199). Cette attitude, inexplicable et inexplicable, ne s'est pas maintenue et, à l'heure actuelle, le juge admet l'exception même lorsque l'acte-conséquence est réglementaire. (CE 15 juillet 1954. Comité de défense des experts-comptables. I. 488. DS 1955.73, conclusions Grévisse). Mais il arrive souvent que le nouveau règlement se borne à modifier l'ancien (CE 10 février 1967. S.A. des Etablissements Petitjean. AJDA 1967.285, chr. 267).

Ces solutions sont celles qu'applique le juge administratif (9). Selon toute vraisemblance, elles sont aussi valables devant le juge judiciaire. Le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité joue même un rôle cardinal devant le juge répressif.

Section II. — La portée du contrôle juridictionnel de légalité sur les actes réglementaires.

L'originalité du contrôle juridictionnel de légalité sur les actes réglementaires n'est pas seulement le produit contingent d'une évolution historique des régies de procédure. L'exception perpétuelle d'illégalité n'est pas seulement une contrepartie apportée aux difficultés d'un recours direct.

L'originalité du contrôle manifeste, rend visible, l'originalité essentielle des actes réglementaires parmi l'ensemble des actes administratifs. Elle a facilité, et facilite encore, l'élaboration d'un régime juridique propre au pouvoir réglementaire. Le problème des conditions d'exercice de ce pouvoir fournit un exemple typique des interactions entre le régime contentieux et le fond du droit.

Dans son ensemble, le régime contentieux des actes particuliers se caractérise par la brièveté du contrôle juridictionnel : passés certains délais assez brefs, un acte administratif qui n'a pas été attaqué peut être considéré comme définitif, selon le terme même de la jurisprudence. La consécration des situations acquises intervient rapidement, même si elles sont en contradiction avec le droit. D'autres règles, comme celle relative aux retraits, découlent de cette considération que justifient avant tout des nécessités pratiques.

Au contraire, le régime contentieux des actes réglementaires

(9) Cf. outre les manuels, par ex. VEDEL, *op. cit.*, p. 216.

WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Thèse Paris 1952, n° 177 et sq. (la théorie de l'annulation par voie de conséquence).

autorise une contestation générale et permanente de leur légalité. Le droit français ne cherche pas par là à établir un contrôle purement objectif visant au respect absolu du principe de légalité. Si tel était son but, il supprimerait les conditions de délais et d'intérêt auxquelles est soumis le recours pour excès de pouvoir ; il admettrait que l'appréciation incidente de la légalité d'un acte porte sur l'ensemble de l'acte et non, comme c'est le cas, sur les seules dispositions qui conditionnent la mesure d'application (CE 18 février 1949. Dame Denoyer. L. 80. CE 10 février 1967. S.A. des Etablissements Petitjean AJDA 1967.285, chr. 267).

En réalité, le contrôle juridictionnel ne change pas de nature selon les actes auxquels il s'applique. Son esprit et son but restent les mêmes mais ses modalités varient pour s'adapter aux caractères différents des actes. Le règlement est un acte contestable de façon générale et permanente parce qu'il est, par nature, un acte général et permanent.

L'impersonnalité de la règle et la permanence de ses effets expliquent à la fois la nécessité et la possibilité d'un contrôle étendu de légalité : le cercle des intéressés ne peut être déterminé dès l'émission de l'acte et une voie de recours doit être ouverte à toutes les personnes touchées par l'application d'un règlement (cas du touriste de passage auquel on applique un vieil arrêté municipal). D'autre part, personne ne peut invoquer de droit subjectif au maintien d'une règle de droit objectif ; la permanence du contrôle n'est donc pas contrariée par la nécessité d'assurer la stabilité des situations acquises.

Les modalités du contrôle contentieux révèlent donc l'originalité irréductible de l'acte réglementaire créateur de droit objectif, de règles générales et impersonnelles. Par là même, elles contribuent à lui modeler un régime juridique propre. Si le contrôle permanent de légalité s'explique par la nature du règlement, il aide à définir les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire.

Ce dernier n'est pas une compétence à proprement parler mais le mode d'exercice d'une compétence. Ses caractères lui viennent d'une part du pouvoir de commandement de l'Administration, d'autre part des actes émis. La permanence du contrôle permet de passer du stade de l'acte à celui du pouvoir de décision. Elle facilite enfin l'adoption d'une conception dynamique de la légalité.

En premier lieu, un acte réglementaire se caractérise par sa généralité et sa permanence. Les exigences de la légalité appliquée à ces deux caractères donnent naissance à deux principes : l'égalité des citoyens devant les charges publiques et l'adaptation du règlement aux circonstances de droit ou de fait qu'il régit. Le contrôle contentieux permet de faire de ces principes qui s'appliquent à chaque règlement de véritables conditions d'exercice de pouvoir réglementaire.

Par sa permanence, il autorise la prise en considération des changements de circonstances et suscite ainsi des virtualités insoupçonnées. Sans doute n'impose-t-il pas une conception dynamique de la légalité, mais il la rend possible, ce que ne fait pas le contrôle exercé sur les actes particuliers.

L'exercice du pouvoir réglementaire ne pourra être étudié que dans quelques-uns seulement de ses aspects. Tout ce qui se rattache plutôt au régime juridique des actes réglementaires sera systématiquement écarté au profit de quelques éléments qui paraissent caractéristiques du pouvoir réglementaire.

Le principe d'égalité a une valeur générale dans notre système juridique, mais il prend une coloration particulière en matière réglementaire en raison du caractère général et impersonnel des actes.

Le principe d'adaptation est beaucoup plus original. Tel qu'il sera défini, il ne vaut que pour le pouvoir réglementaire auquel il accorde des prérogatives importantes mais impose des obligations inconnues ailleurs.

CHAPITRE II

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

DANS L'EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

Le règlement administratif se définit par sa généralité et son impersonnalité. L'idéologie libérale voyait là une garantie de l'égalité entre les citoyens. Nous avons vu qu'en fait la définition de la généralité adoptée par le droit français est en soi parfaitement étrangère à toute préoccupation d'égalité. L'accent est mis sur l'impersonnalité de la règle, ce qui ne s'oppose nullement à la discrimination entre catégories juridiques abstraitement définies. « Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne », écrit Rousseau (Le contrat social. Livre II, chap. VI).

L'idée d'égalité n'apparaît donc pas dans la nature même du règlement mais seulement dans le régime juridique auquel il est actuellement soumis. Elle limite de l'extérieur l'exercice de ses prérogatives par l'autorité dotée du pouvoir réglementaire, mais cette limitation est purement contingente, elle ne revêt aucun caractère de nécessité logique. Il est donc assez facile de l'atténuer ou même de l'écarter.

La philosophie politique héritée de 1789 a néanmoins pénétré profondément le droit positif français. Le juge administratif a progressivement dégagé les principales implications de la célèbre déclaration : « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Le principe de l'égalité devant les lois et les règlements a été ainsi consacré comme un principe général du droit s'imposant aux autorités administratives. Il n'est d'ailleurs qu'un aspect du principe d'égalité devant les charges publiques et ne se distingue pas toujours de solutions voisines en matière

d'égal accès aux emplois publics ou d'égalité des usagers devant le service public... (1).

Considéré par rapport au pouvoir réglementaire, le principe d'égalité joue à deux niveaux différents. D'une part, il régit l'édictation des dispositions réglementaires : c'est le problème de la généralité nécessaire du règlement. D'autre part, il concerne l'application des règles aux administrés ; il s'agit dans ce cas des relations qui se nouent entre les règlements et les actes juridiques ou matériels d'exécution. Mais ce dernier problème ne peut être envisagé de façon purement analytique et statique : l'idée de règlement préalable conduit à examiner les relations entre les deux séries de compétence en matière réglementaire et en matière d'actes particuliers.

Section I. — La généralité du règlement et le principe d'égalité dans l'édition du règlement.

L'impersonnalité de la règle ne garantit pas à elle seule le respect de l'égalité entre les individus qui y sont soumis. La généralité parfaite est fort rare, même à l'intérieur du cadre national. Une règle est considérée comme générale dès lors qu'elle s'applique à une catégorie juridique définie abstraitement et sans acception de personnes quel qu'en soit le domaine effectif d'application.

Au rebours de l'opinion libérale la plus couramment admise, c'est le principe d'égalité qui définit le degré de généralité requis par le droit et non l'inverse. La possibilité pour les autorités administratives d'édicter des dispositions discriminatoires n'est pas limitée par la nature générale du règlement mais par un principe général du droit qui prend seulement une physionomie particulière lorsqu'il concerne l'exercice du pouvoir réglementaire.

Si le principe lui-même est affirmé avec force et reçoit une autorité et une dignité particulièrement élevées, il tend à devenir dans sa mise en œuvre, une directive très souple dont le juge ne reconnaît que rarement la violation.

§ 1. — L'affirmation du principe d'égalité (2)

1°) Selon M. Jeanneau ce principe général du droit est « un des premiers, semble-t-il, qui ait été consacré expressément par

(1) Cf. *supra*, 1^{re} partie, chapitre II, section II, Le caractère général et impersonnel du règlement, notamment *in fine*.

(2) B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse Paris 1956, p. 7 et sq.

J. RIVERO, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*. Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, p. 343.

la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dès 1913, dans un arrêt Roubeau du 9 mai (RDP 1913.685, note Jèze), le juge administratif précise en effet que le maire peut fort bien se réserver par une clause spéciale de ses arrêtés, le droit d'accorder toutes dérogations spéciales à ses règlements que pourraient éventuellement légitimer les circonstances et affirme à cette occasion qu'une pareille disposition « ne fait pas échec au principe de l'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs ».

Toujours selon le même auteur, une référence aussi explicite est tout à fait exceptionnelle et peu d'arrêtés utilisent cette formule (CE 6 mars 1931. Sieur Touré Amadou et autres. L 261. CE 4 mai 1945. Syndicat des entrepreneurs de transports de la Riviera et Société Masséna-La Fayette. L 94).

Le Conseil d'Etat se borne le plus souvent à affirmer que les administrés « qui se trouvent dans la même situation doivent être traités également sans préférence ni faveur » (CE 27 juillet 1928. Société Anonyme des Usines Renault. L 969) et à sanctionner tout inégalité de traitement qui leur serait préjudiciable.

Cette situation s'explique aisément : la jurisprudence du Conseil d'Etat a dégagé plusieurs hypothèses plus précises où l'égalité de traitement est requise : l'accès aux emplois publics, l'accès au service public, l'égalité statutaire des agents publics en sont les plus connues (3). Dans chaque cas, la réglementation doit être égalitaire, mais la formulation du principe est différente. C'est essentiellement en matière de police que le principe d'égalité devant les règlements s'explique ; encore est-il concurrencé par le terme d'égalité devant les charges publiques qui est plus général mais qui marque mieux le véritable fondement de ces solutions.

Quels que soient les termes employés, le principe demeure que le règlement doit, à peine d'illégalité, régir de façon identique des situations matériellement ou juridiquement identiques.

2°) La possibilité de discriminations n'est pas exclue, bien au contraire, mais la soumission à des dispositions différentes est conditionnée par l'existence d'une différence de situation.

Qui plus est, la différence de situation doit apparaître au regard du texte qui la régit. L'exemple fourni par M. Jeanneau est classique. La police de la circulation sur la voie publique ne saurait comporter de mesures restrictives générales s'appliquant aux seules manifestations religieuses, car du point de vue de cette police, tous les cortèges et défilés présentent les mêmes inconvénients. Les discriminations entre les usagers de la voie publique ne peuvent se fonder que sur des motifs inspirés des besoins de la circulation. Le même principe anime actuellement

(3) Cf. par exemple : C.E., 20 décembre 1963, Abithol A.J.D.A. 1964.390.

C.E., 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, A.J.D.A. 1964.705.

C.E., 6 décembre 1963, Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire, A.J.D.A. 1964.232.

les solutions admises en matière de stationnement des véhicules automobiles. Le préfet de police peut limiter le droit de circuler et de stationner de véhicules de transports de marchandises présentant certaines caractéristiques (CE 22 février 1961. Lagoutte et Robin. RDP. 1961.689), mais les maires ne peuvent créer des catégories privilégiées d'usagers en réservant à certains d'entre eux le stationnement dans des endroits déterminés (C. de Cass. Crim. 25 octobre 1961 et 9 novembre 1961. D 1962.258). Sauf si les nécessités de la circulation le justifient (C. de Cass. Crim. 5 décembre 1962. D 1963.81, à propos de points d'arrêt des véhicules de transport en commun, (4), (4 bis)).

Une discrimination est donc soumise à des conditions de légalité assez strictes. Les motifs qui la fondent doivent découler de l'objet ou du but du pouvoir conféré à l'autorité administrative. La police générale se définissant par son but est le terrain d'élection de cette théorie. Mais elle s'applique à tous les pouvoirs exercés par voie réglementaire. Les statuts des agents publics ne peuvent fonder des discriminations que sur les conditions d'exercice des fonctions publiques. Ou encore une tarification des analyses médicales est illégale lorsque « pour justifier la différence de traitement entre les divers intéressés, les auteurs de l'arrêté attaqué n'invoquent aucun motif tiré des fins de la législation d'économie dirigée en vue desquelles les pouvoirs de fixer les prix limites leur ont été conférés (CE 9 janvier 1959. Association syndicale des biologistes. AJDA 1959.II.76) (5).

Si cette condition est respectée, il n'y a pas atteinte au principe de l'égalité des citoyens devant les règlements administratifs.

3°) La Constitution de 1958 n'a guère bouleversé cette jurisprudence. Des discussions doctrinales se sont pourtant élevées sur la valeur juridique des principes généraux du droit. Mais le juge administratif ne s'est jamais laissé enfermer dans le dilemme de la valeur législative ou constitutionnelle de ces principes : il lui a suffi d'affirmer que les règlements autonomes de l'article 37 constituaient des actes administratifs pour leur imposer le respect des principes généraux du droit (6).

On pourrait même soutenir que la création d'un pouvoir réglementaire autonome facilite le respect des principes dans la mesure où la loi ne peut plus intervenir pour fonder une discrimi-

(4) Cf. J.M. AUBY, *La réglementation administrative du stationnement des véhicules automobiles sur les voies publiques*, D. 1962, chr. 83.

(4 bis) Il faut une loi spéciale pour pouvoir déroger à ces principes (loi du 18 juin 1966, complétant l'article 98 du G.A.C.).

(5) Autres exemples de discrimination illégale :

T.A., Paris 16 juin 1966, Chambre Syndicale patronale des enseignants de la conduite des véhicules à moteur c/ Préfet de police, A.J.D.A. 1966.438. C.E., 6 janvier 1967, Ville d'Elbeuf, Concl. Galmot, J.C.P. 1967.II.15019, A.J.D.A. 1967.347.

(6) CHAPUS, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D. 1960, chr. 119.

C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, A.J.D.A. 1959.I.153, chronique.

mination contre laquelle le juge ne peut rien. Ce raisonnement est peut-être exact dans certains cas, mais il ne vaut guère dans l'hypothèse du principe d'égalité qui se révèle extrêmement difficile à mettre en œuvre.

§ 2. — La mise en œuvre du principe

La clarté du principe a pour corollaire inévitable son imprécision. Il est délicat d'apprécier dans quelle mesure telle discrimination est fondée ou non et le juge préfère rester sur la réserve plutôt que de glisser sur le terrain de l'opportunité.

1°) La notion d'égalité a toujours été difficile à traduire en préceptes juridiques clairs et précis. Non seulement les circonstances objectives sont infiniment complexes mais encore elles peuvent changer rapidement (7). Les tentatives de catégorisation sont toujours plus ou moins arbitraires et contingentes et la marge d'appréciation discrétionnaire des autorités administratives est très importante.

Très souvent la différence de situation est créée par l'Administration elle-même. En matière de fonction publique par exemple, l'existence d'un corps ou d'une position hiérarchique suffit à justifier l'application de règles différentes. Aucune nécessité de fait n'impose de soumettre les médecins électro-radiologistes à statut très différent de celui des autres praticiens employés par les hôpitaux publics. Mais l'existence de ce statut justifie les dispositions discriminatoires qu'il contient (CE 19 octobre 1963. Syndicat des médecins électro-radiologistes... AJDA 1964.236). « En tout état de cause, le principe de l'égalité de traitement ne s'applique qu'aux fonctionnaires d'un même cadre » (CE 15 juillet 1964. Syndicat C.G.T.-F.O. des agents et fonctionnaires de l'administration centrale... AJDA 1965.287).

L'Administration n'est pas seule à créer les conditions mêmes qui l'autoriseront à écarter l'application du principe d'égalité. La discrimination a souvent une origine légale et le pouvoir réglementaire se borne à en tirer les conséquences logiques (CE 4 décembre 1964. Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins de Bordeaux. AJDA 1965.522).

Cette intrusion de la loi ne serait pas très grave si elle consistait uniquement à apporter des exceptions occasionnelles à un principe général. Mais elle révèle un fait politique plus grave. La contradiction latente qui existe entre l'idée classique d'égalité et les aspirations plus récentes à l'égalisation des conditions sociales.

Il ne s'agit pas ici de mettre en cause la philosophie politique

(7) Un changement de circonstances peut amener une réglementation initialement légale à porter atteinte au principe d'égalité. Le Conseil d'Etat en a reconnu la possibilité. C.E., 10 janvier 1964, ministre de l'agriculture c/ sieur SIMONNET, A.J.D.A. 1964.164. Cf. *infra*, chap. III.

de l'Etat-providence, mais seulement de souligner que les mesures d'égalisation contiennent nécessairement des aspects discriminatoires parce qu'elles ont pour but de réformer l'ordre établi. Le principe d'égalité en droit se trouve de ce fait, dévalorisé (8).

La pratique antérieure à 1958 avait opéré une conciliation empirique mais assez satisfaisante. Le pouvoir réglementaire demeurait soumis au principe classique d'égalité, car sa fonction était de gérer l'ordre établi. Les interventions égalisatrices et donc discriminatoires devaient avoir un fondement législatif. L'opposition entre la police administrative générale et la « police économique » devenait flagrante, mais le recours à la technique des délégations de pouvoirs dans le second cas permettait de conserver le principe général (9).

La Constitution accroît les difficultés que présente l'aspect juridique de cette question. En déliant le pouvoir réglementaire autonome du respect de la loi, elle lui ôte du même coup, la possibilité de s'appuyer sur la loi pour écarter l'application de certains principes jugés inadéquats. Les formules embarrassées de la jurisprudence sur l'étendue du pouvoir de réglementation économique montrent bien qu'aucune solution n'a encore été trouvée (10). La politique économique et sociale des Etats contemporains serait paralysée par l'application stricte du principe d'égalité, mais on ne peut l'écarter complètement faute de savoir par quoi le remplacer.

2°) Devant ces difficultés, le juge se cantonne dans une réserve prudente. Mis à part le cas de la police municipale où le contrôle est traditionnellement très fort, (CE 19 février 1964. Société « Maison Yvonne ». AJDA 1964.501, méconnaît le principe d'égalité l'arrêté préfectoral qui interdit le commerce des huîtres pendant l'été aux seuls commerçants des Halles de Paris) une atteinte à l'égalité n'a de chance d'être reconnue que si la victime se trouve exactement dans la même situation que la personne au sort de laquelle il compare le sien.

Le Conseil d'Etat ne reconnaît pas la violation du principe dès lors qu'une différence de situation peut être décalée pour justifier la discrimination. Il peut aller très loin dans ce sens au point de juger légale une différenciation des taux de vacation en raison « des conditions différentes dans lesquelles les méde-

(8) Comme exemple de contradiction entre ces deux tendances, on peut citer un arrêt du Conseil d'Etat du 22 avril 1960, Legrand (A.J.D.A. 1960.237) qui déclare illégale une dérogation au principe d'égalité des sexes entre agents publics destinée à corriger l'inégalité existant entre les moyennes respectives de carrière des hommes et des femmes. L'égalité en droit ne se confond pas avec l'égalité de fait.

(9) J.L. MARTRES, *Les caractères généraux de la police économique*. Thèse Bordeaux 1964.

(10) Cf. *supra*, II^e partie, titre II, chap. III, Le pouvoir réglementaire autonome.

cins vacataires (à temps partiel) exercent leurs activités professionnelles privées et des conséquences qui peuvent en résulter pour le bon fonctionnement du service public » (CE 6 novembre 1964. Dame Cotton-Moine et 2 autres espèces. AJDA 1964.723, chr. 680).

Il se refuse à un contrôle plus poussé qui lui permettrait de vérifier si cette différence est de nature à justifier un traitement discriminatoire. Pour ne pas formuler des appréciations d'opportunité, le juge n'apprécie pas le degré de discrimination qui peut se justifier par une situation donnée (CE 18 novembre 1964. Martin. AJDA 1965.297. CE 13 juillet 1965. Ministre de l'Éducation nationale c/ Gargadennec et autres. AJDA 1965.612. Conclusions Braibant).

Même lorsque le juge reconnaît l'existence d'une atteinte au principe d'égalité, il n'en proclame pas pour autant l'illégalité.

Il peut justifier cette atteinte par des circonstances exceptionnelles entendues largement (TA Paris 10 juillet 1962. Dlle Ficoni. AJDA 1963.43. Légalité d'une limite d'âge différente pour les fonctionnaires issus des cadres tunisiens et intégrés dans les cadres métropolitains. Dans le même sens : CE 26 mai 1965. Guichardot. AJDA 1965.660. *A contrario* : CE 8 décembre 1965. Office public d'H.L.M. de la ville de Paris et Aubry. AJDA 1966.314).

Enfin, « alors que le principe de liberté est absolu, le Conseil d'État admet que le principe d'égalité peut être rompu au profit de certains, si cette exception est motivée par les nécessités de l'intérêt général, nécessités toujours implacables en droit public » (11).

Il reconnaît facilement la légalité de discriminations inspirées par l'intérêt général en matière économique. Il est, en effet, de la nature même du dirigisme économique de créer des inégalités. Elles sont justifiées dans la mesure où elles sont conformes à l'intérêt général tel qu'il apparaît dans la législation (CE 29 juin 1951. Syndicat de la raffinerie de soufre française. L 377. CE 9 juillet 1958. Giscuet et autres. L 320). Invoquer des « nécessités d'intérêt national » manifeste un nouvel assouplissement, au moins verbal (CE 10 janvier 1964. Ministre de l'agriculture c/ Sieur Simonnet. AJDA 1964.164).

Jusqu'à présent, cette attitude ne s'était pas répandue en dehors du domaine de la réglementation économique. L'égalité en matière de fonction publique (CE 21 novembre 1962. République malgache c/ Dame Razafindranaly. L 618) ou de concours et examens universitaires (CE 28 septembre 1962. Jourde et Maleville. AJDA 1962.565, chr. 547) était rigoureusement respectée.

Or, la jurisprudence justifiant des discriminations pour des motifs d'intérêt général semble s'étendre à toute l'activité admi-

nistrative (CE 24 avril 1964. Société Anonyme LIC. AJDA 1964.308. Conclusions Combarrous. Chr. 293. D 1964.665, note Debash, arrêt relatif à l'attribution d'un numéro d'appel téléphonique spécial à la société SVP). (CE 12 mars 1965. Club aérien de Gerfaul. L 169).

Si l'on en croit le commissaire du Gouvernement, le principe d'égalité ne serait pas abandonné mais encore assoupli : « c'est en fonction de l'intérêt général que doivent être appréciées les différences de situation au regard du service public ».

Il n'en est pas moins vrai qu'un moyen tiré de la violation du principe d'égalité n'est accueilli par le juge qu'une fois sur quatre au cours de ces dernières années, la majorité des annulations étant prononcée en matière de fonction publique (cf. chronique précitée AJDA 1964.680). Le rythme d'une annulation par an environ, déjà faible, va vraisemblablement encore baisser au fur et à mesure que la censure juridictionnelle se fera plus lâche.

Au total, le principe d'égalité dans l'édition d'un règlement ne fait l'objet que d'une directive jurisprudentielle extrêmement souple. Il subsiste, car il correspond toujours aux aspirations politiques et morales de notre époque, mais son respect est mal sanctionné sur le plan juridictionnel : l'administration active, tout au moins centrale, en apprécie presque discrétionnairement la portée. Il est vrai que l'importance perdue par le principe d'égalité sur le plan de la validité des règlements est compensée par le développement d'une responsabilité sans faute du fait des règlements.

§ 3. — La responsabilité de l'Administration du fait de règlements légaux rompant l'égalité devant les charges publiques (12)

Il résulte des observations précédentes qu'un règlement peut fréquemment porter atteinte au principe d'égalité sans être pour autant illégal. Mais le motif d'intérêt général qui justifie l'action de l'administration ne l'exécuse pas de toute responsabilité.

La responsabilité pour faute ne peut s'appliquer à cette situation car elle ne peut être engagée par un acte légal. L'activité réglementaire de l'administration peut, comme toutes les autres, être déclarée fautive, mais seulement en cas d'illégalité. Le régime de la faute de service public ne présente aucune caractéristique propre au règlement.

Seul un régime de responsabilité sans faute peut se concilier avec le caractère légal d'un acte. L'idée que l'administration doit réparer le préjudice résultant d'une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques s'est introduite d'abord en

(11) LETOURNEUR, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, E.D.C.E., 1951.19.

(12) B. JEANNEAU, Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » la responsabilité du fait des règlements légalement pris, *Mélanges Savatier* 1965.375.

matière de travaux publics et d'ouvrages publics. Depuis une trentaine d'années, elle a été étendue à de nouvelles hypothèses où sont en cause des actes administratifs légaux et notamment des règlements.

Malgré de nombreuses analogies, la responsabilité du fait des règlements ne peut être assimilée à la responsabilité du fait des lois. La raison en est que dans le second cas, le droit à réparation résulte uniquement de l'intention du législateur qui peut, implicitement ou non, l'écarter, alors que l'auteur d'un règlement ne peut jamais exclure la responsabilité qui pèse sur lui en vertu d'un principe général du droit.

La rupture de l'égalité devant les charges publiques consiste en ce que la victime a subi dans l'intérêt général un préjudice particulier qui, à raison de sa gravité, ne pouvait être considéré comme une charge lui incombant normalement.

Elle peut être produite par un acte particulier. Le caractère spécial du dommage peut alors être établi sans difficulté. (CE 30 novembre 1923. Couitéas. L 789. CE 15 février 1961. Werquin. L 118). Il est plus délicat à déterminer dans le cas d'un acte réglementaire. La conception que l'on peut en avoir peut être extensive ou restrictive, mais « les nécessités pratiques font obstacle à l'indemnisation d'un véritable cortège de professions, plus ou moins lésées par une réglementation économique (Conclusions Heumann. Sous CE 26 octobre 1962. Sieurs Olivier et autres. RDP 1963.79, à propos de la mévente de plants de vigne provoquée par une réglementation du marché du vin). En fait, le juge ne reconnaît la spécialité du préjudice que s'il atteint une seule personne (CE 22 février 1963. Commune de Gavarnie c/ Benne. AJDA 1963.229, chr. 209) ou un tout petit nombre facile à individualiser, comme les habitants d'une rue (CE 13 juillet 1962. Ville de Nice... L 489).

La gravité du dommage ne pose que des problèmes d'appréciation des circonstances de l'affaire. En ce qui concerne la réglementation économique, il faut tenir compte du fait que si elle « implique des contraintes dommageables, elle bénéficie par l'organisation qu'elle apporte au marché, à ceux-là même à qui elle impose des contraintes » (Conclusions Ordonneau. Sous CE 29 juin 1962. Société Manurhin. AJDA 1962.581, chr. 555). De façon plus générale, il faut mettre en balance les avantages et les inconvénients. Les demandes d'indemnité sont le plus souvent rejetées (CE 27 janvier 1961. Vannier. L 60).

Pendant plusieurs années, la jurisprudence a eu tendance à écarter toute indemnisation en matière de législation ou de réglementation d'activités économiques, eu égard à leur objet. (CE 13 février 1952. Costa. L 104, sur la législation des prix. CE 14 octobre 1955. Société Piscine Lutetia. L 479. règlement sur la répartition des produits industriels. CE 10 mai 1957. Société Expansion Tourisme de France. L 302, réglementation des licen-

ces d'importation). Mais le commissaire du Gouvernement Heumann a montré que les mêmes décisions pouvaient se fonder sur les règles générales de la responsabilité sans faute. Le Conseil d'Etat semble avoir admis ce point de vue et renoncé à toute distinction par matière (CE 25 octobre 1962. Sieurs Olivier et autres, précité).

En définitive, les deux théories de la responsabilité du fait des lois et de la responsabilité du fait des décisions administratives légales, qu'elles soient réglementaires ou non, sont désormais très proches. Depuis l'arrêt du 17 décembre 1961, Lacombe (L 674. AJDA 1962-24), le juge proclame clairement que le principe d'égalité fonde aussi la responsabilité du fait des lois. La seule différence notable réside dans la possibilité pour le législateur de s'exonérer de sa responsabilité. Encore est-elle atténuée par le fait qu'une telle exonération peut s'étendre aux mesures d'application des lois si elles en sont la conséquence nécessaire.

Les deux théories présentent les caractères propres de spécialité et de gravité du dommage. Elles partagent, en outre, des caractères communs à tous les régimes de responsabilité (dommage certain et direct, activité digne de protection, c'est-à-dire ni illicite ni immorale...).

Cette unification présente de sérieux avantages. La responsabilité du fait des règlements se dissout dans un régime plus vaste. Mais le respect du principe d'égalité devant les charges publiques n'en est pas moins assuré. L'exercice du pouvoir réglementaire est modéré par la perspective d'une indemnisation à la charge de l'Etat. Cette indemnisation constitue, d'autre part, une contrepartie à l'élargissement des possibilités d'action du pouvoir réglementaire. La force du principe d'égalité dans l'édiction d'un règlement n'en reste pas moins assez réduite, surtout par comparaison avec les obligations qui incombent à l'Administration dans l'application du règlement.

Section II. — La hiérarchie matérielle des actes administratifs et le principe d'égalité dans l'application de la réglementation.

Une jurisprudence constante décide que les actes particuliers, qu'ils soient juridiques ou matériels, doivent être conformes aux règlements qu'ils mettent en application. La solution n'est pas contestée, mais les explications théoriques qui en ont été données ont obscurci le problème. Une partie de la doctrine a voulu y voir une application du principe de légalité matérielle qui subordonnerait les actes particuliers aux règlements. A l'heure actuelle l'égalité des citoyens devant les règlements semble fournir une explication suffisante. Mais l'opposition a été trop polémique car les conséquences des deux thèses sont en fait identiques.

Il est temps de revenir à une appréciation plus saine de cette

jurisprudence et d'en systématiser sans parti pris les différents aspects. Une thèse récente fait le point sur cette question, dresse le bilan des controverses doctrinales et des solutions jurisprudentielles. Les développements qui suivent s'y réfèrent constamment ; ils ne visent pas à ajouter les éléments nouveaux mais seulement à situer le problème par rapport à l'exercice du pouvoir réglementaire (13).

Les relations entre règlement et acte particulier sont présentées de façon différente selon que ces deux actes émanent de la même autorité ou d'autorités différentes et hiérarchisées. Bien qu'en définitive, leur fondement s'avère identique dans les cas, la présentation classique peut être conservée pour des raisons de commodité.

§ 1. — Les relations entre règlement et acte particulier émanant d'une même autorité (14)

Dans la terminologie ordinaire, les relations entre un règlement et un acte particulier d'exécution édictés par la même autorité sont régies par la célèbre règle « *patere legem quam fecisti* ». La hiérarchisation qui s'établit ainsi entre les actes est corrigée par la possibilité de dérogations légales dans certaines conditions.

A - LA RÈGLE « PATERE LEGEM QUAM FECISTI »

Cette règle oblige à respecter la loi que l'on se donne à soi-même, c'est-à-dire qu'elle impose à l'auteur d'un règlement de respecter celui-ci dans les actes particuliers qu'il est amené à prendre. L'autorité qui a pris un règlement peut le modifier ou l'abroger, mais elle ne peut le violer par voie de décisions individuelles.

1°) Cette règle est de portée absolument générale. Elle est valable pour toutes les autorités administratives et le juge l'applique strictement dans tous les cas.

La violation d'un décret réglementaire par un décret individuel ne peut se produire en fait que rarement, mais il n'est pas douteux que le juge applique la règle (cf. conclusions Kahn, sous CE 27 janvier 1961. Vannier. L 64 et Waline, Droit administratif 9^e édition, p. 464).

Il en va de même pour les arrêtés ministériels (CE 6 août 1909. Rogeot. L 809 ; CE 15 juillet 1960. S.A. des distilleries Cornic. L 479), les arrêtés préfectoraux (CE 12 janvier 1960. Vincens. L 28 ; CE 11 novembre 1952. Préfet de police. L 27), les arrêtés municipaux (CE 17 mai 1907. Société philharmonique libre de Fumay. L 478 ; CE 28 janvier 1938. Pichard. L 102), les délibé-

(13) LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires*. Thèse Poitiers 1964.

(14) LACHAUME, Thèse précitée p. 323 et sq.

rations du Conseil général (CE 5 janvier 1917. Jean Roche. L 19), celles du Conseil municipal, les actes des autorités à compétence spéciale (CE 28 juillet 1952. Jozet. L 431. Décision disciplinaire du Conseil d'un ordre professionnel).

La règle *patere legem* n'est donc écartée que très rarement. Son application peut naturellement être écartée dans le cas de circonstances exceptionnelles, mais c'est alors l'ensemble du principe de légalité qui est mis en cause. Il reste également le cas où le juge se refuse à contrôler la violation par une assemblée de son règlement intérieur. Cette jurisprudence repose sur des décisions anciennes relatives aux Conseils généraux. Sa valeur actuelle est discutée (15).

2°) La doctrine a cherché une explication théorique à cette règle jurisprudentielle qui établit une hiérarchisation entre des actes administratifs d'origine commune.

Certains auteurs, fidèles à l'enseignement du doyen Duguit, ont pensé qu'il s'agissait d'une application du critère matériel au principe de légalité. Indépendamment de toute considération organique et formelle, un acte réglementaire est supérieur à un acte particulier, en raison même de sa généralité qui en fait une loi matérielle (16).

Mais fonder une hiérarchie sur un tel critère « est contraire à la tendance générale du droit public français » (17). Il est donc assez gênant de recourir à une explication de ce genre en dehors d'hypothèses assez exceptionnelles.

Il est plus satisfaisant d'avoir recours, comme le suggère M. Quermonne, au principe de l'égalité de tous les citoyens devant les manifestations de la puissance publique (18). M. Jeanneau a démontré de façon décisive que « ce faisant, il (le Conseil d'Etat) s'est conformé, selon nous, aux seules exigences du principe de l'égalité de tous devant la loi et n'a pas pour autant, comme certains ont tenté de le soutenir, consacré la supériorité des actes généraux sur les actes individuels » (19).

La règle *patere legem* n'est donc pas un principe juridique autonome mais une manifestation d'un principe général du droit formellement reconnu. Cette explication s'harmonise mieux avec l'esprit du droit français, mais il ne faut pas être dupe des termes dans tous les cas, le résultat est identique.

3°) La règle *patere legem* change peut-être de signification, sa portée pratique reste la même :

« L'égalité de tous les citoyens devant la loi et les règlements ne se réalisera que si l'acte individuel qui impose à un citoyen le joug de la puissance publique, respecte les sujétions imposées

(15) Cf. *supra*, II^e partie, titre III, chapitre II.

(16) Cf. *infra*, paragraphe suivant.

(17) WALINE, Manuel 9^e éd., p. 464-465.

(18) QUERMONNE, Thèse précitée p. 219-220.

(19) JEANNEAU, Thèse précitée p. 7 et 10.

à l'ensemble des citoyens par la même autorité par voie réglementaire. En conséquence, on arrive à créer une véritable hiérarchie entre les actes réglementaires et les actes individuels. Et la règle *patere legem* peut donc, en ce sens, être utilisée comme critère de hiérarchisation », souligne à juste titre M. Lachau (20).

La règle *patere legem* conserve toute sa valeur juridique. Mais au lieu d'être un principe juridique autonome et arbitraire, elle est la règle technique qui exprime un principe beaucoup plus profond et permet d'en assurer juridiquement le respect, elle est la mise en œuvre juridique d'une philosophie politique.

La jurisprudence réservant la possibilité légale de dérogations individuelles à des dispositions générales devient de ce fait plus compréhensible.

B - LES DÉROGATIONS LÉGALES AUX RÈGLEMENTS

La solution de principe ne fait pas de doute : constituent une méconnaissance du principe de l'égalité toutes les dérogations individuelles aux prescriptions réglementaires même si les unes et les autres émanent du même auteur (CE 26 juin 1931. Chambre Syndicale des propriétaires loueurs d'autocars, sieurs Ascarne et autres. L 707. CE 28 janvier 1938. Pichard et autres. DH 1938.279. CE 2 novembre 1960. Ville de Sidi-Bel-Abbès c/ Tabet. AJDA 1960.II.384).

Il en résulte, en effet, que le droit applicable n'est pas le même pour des administrés qui se trouvent pourtant dans une même situation au regard du règlement. L'illégalité consiste à établir un traitement discriminatoire privilégiant certaines personnes individualisées (et non plus comme auparavant certaines catégories de personnes).

Toute autre attitude créerait un mal sans remède puisque les autres administrés ne peuvent invoquer le règlement pour obtenir le bénéfice d'une situation analogue. Les risques d'arbitraire inhérents aux tolérances administratives sont tels qu'il n'y a pas lieu de les consacrer juridiquement.

Toute situation individuelle ne doit pas pour autant se couler dans un cadre réglementaire. Les exigences d'une bonne administration s'opposent à une rigidité excessive du droit. Il faut donc réserver l'hypothèse de l'adaptation à des situations individuelles. Il s'agit non pas d'assurer la suprématie d'une catégorie d'actes sur une autre, mais seulement d'empêcher des discriminations arbitraires.

La réponse classique fournie par la jurisprudence est que le règlement peut prévoir la possibilité de dérogations particulières à ses propres dispositions. Mais cette faculté n'est pas accordée

(20) LACHAUNE, Thèse précitée, p. 412.413.

sans conditions. Elle ne doit pas permettre, en effet, que soient tournées les dispositions générales du règlement.

Ce dernier doit donc prévoir les conditions dans lesquelles une dérogation peut être accordée ainsi qu'éventuellement la procédure à suivre pour y parvenir. Quel est le degré de précision légalement requis ? Il n'y a pas sur ce point de solution générale : sans tout réduire à des cas d'espèce, il faut tenir compte des domaines dans lesquels intervient le pouvoir réglementaire.

En matière de police de l'ordre public, le Conseil d'Etat se contente souvent d'une référence à l'ordre public pour ne pas empêcher l'autorité de police d'exercer correctement ses fonctions en adaptant ses mesures aux circonstances. En contrepartie, il contrôle très étroitement dans chaque cas la légalité de la dérogation (21).

Le plus souvent, néanmoins, le Conseil d'Etat exige que le règlement précise les conditions de fait et il contrôle dans chaque cas si elles sont effectivement réunies. Ainsi le règlement sanitaire des Bouches-du-Rhône n'autorise de dérogations que dans des cas exceptionnels, sur autorisation préfectorale après avis conforme de l'autorité sanitaire. Le Conseil d'Etat apprécie si l'on se trouve en fait dans un cas exceptionnel. Le permis de construire comportant dérogation est légal en l'espèce, car le rétrécissement de la voie publique qui provoque réglementairement l'abaissement de la hauteur maximum des immeubles riverains ne se produit que sur une longueur de cinq mètres (CE 12 janvier 1962. Canton. AJDA 1962.234. Conclusions Combarrous). Par contre, la légalité d'une dérogation au programme d'aménagement de la ville de Nantes est admise plus facilement en raison des termes plus souples de son article 12-2° (CE 4 janvier 1963. Lucas et Association syndicale des propriétaires. L 7) (22).

En définitive, le règlement pour pouvoir fonder légalement une possibilité de dérogation doit établir l'existence d'une différence de situation justifiant une différence de traitement. On voit par là qu'il n'est pas question de hiérarchie entre acte réglementaire et acte particulier ou, plus exactement, que cette hiérarchie n'est qu'une conséquence assez secondaire. Des relations comparables

(21) Ce souci de souplesse va même, selon M. TERTGEN, jusqu'à admettre « la légalité des arrêtés de police individuels qui n'ont pas été prévus par un règlement général intervenu en la même matière... à la seule condition qu'ils aient pour but le maintien de l'ordre public et pour objet une situation particulière donnant lieu à une mesure spéciale » (thèse précitée p. 329).

(22) Il n'en va autrement que si les conditions sont posées dans des termes très vagues par la loi, c'est-à-dire par un acte qui ne peut être contesté, et que le contrôle de son application se confond avec une appréciation d'opportunité sur une politique générale.

C.E., 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'Intérieur, A.J.D.A. 1961.646. Conclusions Kahn, D. 1961.II.668, note Josse.

peuvent se nouer entre des règlements, par exemple, à propos de statuts particuliers dérogeant à un statut général d'agents publics. Si, en principe, un règlement peut déroger à un autre règlement pris par la même autorité, même s'il a une portée plus restreinte, il est des cas où l'intervention du principe d'égalité conduit à y voir une discrimination illégale. Cette hypothèse se réalise bien plus rarement que celle de la dérogation particulière, mais elle n'est pas fondamentalement différente (CE 25 février 1966. Fédération hospitalière de France. L. 143. Un décret déroge légalement à un autre décret car il régit une situation différente).

La théorie de la légalité matérielle n'a pourtant pas été abandonnée par tous les auteurs. Elle a même paru indispensable pour expliquer la hiérarchie entre des actes émanant d'autorités différentes.

§ 2. — Les relations entre règlement et acte particulier émanant d'autorités différentes (23)

1°) La théorie de la légalité matérielle a pour point de départ l'idée de généralité de la loi, inspirée de Montesquieu et Rousseau. Plus ou moins reçue par le droit révolutionnaire, elle subit une longue éclipse avant de trouver une consécration doctrinale dans les œuvres du doyen Duguit et de ses disciples.

Certains auteurs contemporains, comme M. de Laubadère, pensent que le droit positif attache des conséquences non négligeables au caractère de loi matérielle du règlement (24).

A des degrés divers, ils voient dans la subordination des actes individuels aux règlements une « expression élémentaire du principe de légalité » (25). Les considérations organiques ou formelles leur paraissent en effet secondaires, car « elles ne pénètrent pas la substance intime de l'acte », répètent Duez et Debeyre (26) à la suite de Duguit.

L'application rigoureuse du critère matériel à la hiérarchie des actes administratifs a été faite par le doyen Bonnard, dans une note sous le célèbre arrêt ville de Clamart du 3 juillet 1931 (L. 723. S. 1932.3.1, note Bonnard) (27).

L'espèce est bien connue : le Président de la République chargé par la loi de prendre les mesures individuelles relatives aux receveurs municipaux, doit respecter les dispositions du statut édicté par le Conseil municipal, en l'occurrence mettre à la retraite d'office le receveur de la ville de Clamart qui a atteint

(23) LACHAUME, Thèse précitée, titre II, pp. 154-200.

(24) *Traité de droit administratif*, 3^e édition, pp. 174, 180, 193.

(25) DE LAUBADERE, *Traité précité* p. 196.

(26) DUEZ et DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Dalloz 1952, p. 185.

(27) La même thèse avait déjà été soutenue par Georgin. *La violation de la loi*, Thèse Paris 1915, p. 296.

l'âge fixé pour la fin des fonctions des agents communaux de cette ville.

Bonnard voit dans cet arrêt une confirmation de la conception dualiste des fonctions de l'Etat qui oppose l'ensemble des lois au sens matériel du terme, à l'ensemble des actes administratifs, c'est-à-dire individuels, la hiérarchie organique et formelle ne jouant qu'à l'intérieur de chaque catégorie et n'ayant donc qu'un intérêt secondaire.

2°) L première vue, en effet, seul le critère matériel semble pouvoir expliquer comment une autorité supérieure doit respecter dans ses actes particuliers les règlements d'une autorité inférieure. Il est pourtant, comme nous l'avons déjà souligné, étranger à l'esprit du droit français et la vision d'un ordonnancement juridique divisé en deux parties rigoureusement séparées ne correspond nullement à la réalité concrète. La structure de notre droit public tend, au contraire, à minimiser sans cesse la distinction des actes généraux et particuliers. Cette tendance est favorisée par des considérations pratiques car les critères matériels ne sont logiques et précis qu'en apparence.

C'est pourquoi une autre explication a été cherchée. Pour certains auteurs le critère organique et formel réapparaît à un niveau supérieur d'analyse de la situation juridique. Pour M. de Soto, le Président de la République agit à la place du maire et c'est la loi elle-même qui lui impose de respecter la délibération du Conseil municipal (28). Pour M. Quermonne, « en édictant le statut du personnel communal, le Conseil municipal avait fait œuvre d'application d'un texte (la loi de 1884) qui s'imposait à la fois à lui-même et au ministre » (29).

Les deux opinions se complètent : pour les deux auteurs la solution en apparence paradoxale s'explique par la subordination des deux actes administratifs à une règle hiérarchiquement supérieure en raison de son caractère législatif.

Cette explication est satisfaisante en l'espèce encore qu'elle n'impose pas absolument la solution (le Président de la République ne doit respecter le statut municipal que dans la mesure où il est incompétent en matière réglementaire). Mais elle ne semble pas valable dans tous les cas où se produit une telle conjonction d'actes.

3°) Le recours au principe d'égalité des citoyens devant les règlements peut seul, à notre avis, fournir un fondement général à cette jurisprudence. L'analyse d'un arrêt récent doit permettre de le démontrer.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 15 février 1963. *Ministre de l'Education Nationale c/ Association « Les amis de Chiberta, Chambre d'Amour... »* (L. 92) concerne les autorisations de cam-

(28) DE SOTO, *Contribution à la théorie de la nullité des actes administratifs unilatéraux*, Thèse Paris 1941, pp. 166 et sq.

(29) QUERMONNE, Thèse précitée, p. 218.

ping accordées par le préfet des Basses-Pyrénées en vertu de ses pouvoirs en matière de police municipale : il est jugé « qu'aussi bien à la date où sont intervenues les autorisations individuelles contestées qu'à celle où le préfet a refusé de retirer les dites autorisations, l'arrêté du maire d'Anglet... interdisant le camping dans certaines parties de la commune d'Anglet n'avait été ni modifié, ni abrogé ; que ces autorisations relatives à des terrains sis dans les zones d'interdiction, intervenaient en violation du dit arrêté et étaient ainsi entachées d'excès de pouvoir ».

Un règlement municipal de police s'impose donc à l'autorité supérieure lorsqu'elle prend des mesures individuelles. Il n'est guère possible d'invoquer ici la volonté du législateur puisque l'intervention du préfet est prévue précisément pour se substituer à celle du maire. Même si l'on considère le préfet comme autorité de police municipale lorsqu'il agit en vertu de l'article 107 CAC à l'égard d'une seule commune, il n'en reste pas moins que ses actes sont hiérarchiquement supérieurs à ceux du maire. Sa compétence s'étend au domaine réglementaire et, si les circonstances le justifiaient, le préfet aurait pu valablement modifier ou abroger le règlement municipal. Ce n'est donc pas la loi qui oblige le préfet à le respecter (30).

Faut-il alors revenir purement et simplement au critère matériel ? Cela ne semble pas nécessaire. Les décisions préfectorales sont illégales parce qu'elles violent le principe de l'égalité des citoyens devant les règlements. Elles aboutissent en effet à établir une discrimination entre la masse des individus à qui un arrêté municipal interdit de camper en certains endroits et quelques privilégiés qui obtiennent du préfet une dérogation particulière qui ne justifie aucune considération tirée des nécessités de l'ordre public.

Le préfet n'est aucunement obligé de respecter l'arrêté municipal ; il est seulement tenu d'accorder un traitement égal à tous les citoyens qui se trouvent dans une situation identique. Le même raisonnement peut être suivi par l'arrêt Ville de Clamart ; il apparaîtrait plus clairement si l'espèce ne concernait pas un emploi unique mais une catégorie d'emplois (par exemple, les sapeurs-pompiers ou les agents de police et garde-champêtre).

4°) Le principe de l'égalité des citoyens devant les règlements administratifs fournit une solution de portée générale dont le fondement théorique est de grande valeur : sa signification est plus riche en effet que celle d'un principe purement procédural.

Il explique de la même façon les deux situations voisines sans qu'en définitive il y ait lieu de faire une différence entre les actes d'origine commune et les actes émanant d'auteurs différents. Dans ce dernier cas, il évite de poser le problème de la hiérarchie des autorités administratives : l'acte individuel d'une

(30) Bien entendu, nous ne prenons pas parti sur la question de savoir si en l'espèce, le préfet aurait eu le droit d'édicter son propre règlement.

autorité inférieure doit respecter le règlement de l'autorité supérieure, mais le critère organique n'est, en somme, qu'un fondement supplémentaire ; la solution subsiste même si la hiérarchie des autorités est difficile à déterminer, ce qui est assez fréquent à l'heure actuelle.

Ni la règle *patere legem*, ni la hiérarchie matérielle des normes de droit ne sont des principes juridiques autonomes. Le droit positif ne consacre pas directement la supériorité des règlements sur les actes particuliers. Mais le principe d'égalité des citoyens devant la loi et les règlements aboutit en fait et indirectement à un résultat identique.

Il crée, en pratique, une hiérarchie effective entre le règlement et l'acte particulier. La seule différence avec les autres théories est qu'il ne reconnaît pas à cette hiérarchie une valeur propre ni *a fortiori* une valeur fondamentale. Cette hiérarchie n'est un critère pratique que parce qu'elle est une conséquence logique et nécessaire d'un principe plus vaste.

L'examen rapide du problème des dérogations suffit à montrer que cette optique est celle qui rend le mieux compte du droit positif. L'autorité qui a édicté un règlement peut prévoir la possibilité pour l'autorité chargée de l'exécuter, d'y apporter des dérogations particulières. Les conditions de validité sont les mêmes que si les deux actes avaient une origine commune. Elles ne se fondent ni sur le critère organique (puisque l'autorité qui les fixe peut être d'un rang inférieur) ni sur le critère matériel (puisque la disposition dérogatoire peut avoir un caractère réglementaire : l'acte législatif portant statut de la Fonction Publique peut fixer les conditions dans lesquelles des décrets pourront établir des statuts particuliers dérogatoires). Elles découlent des exigences du seul principe d'égalité (accorder l'égalité de traitement à toutes les personnes qui se trouvent dans une situation identique) (31).

Ce principe ne régit donc pas seulement les relations entre actes réglementaires et actes particuliers, mais il a une portée universelle et tous les développements qu'il peut comporter sont loin d'être dégagés. Il faut reconnaître cependant qu'en l'état actuel du droit, il aboutit aussi bien à une directive assez vague, dans l'édiction des règlements, qu'à une règle extrêmement rigoureuse, dans leur application individuelle. La hiérarchisation du règlement et de l'acte particulier doit être tenue pour une solution acquise qui tranche parmi d'autres indications restées beaucoup plus floues.

(31) Deux exemples de dérogations légales :

C.E., 16 février 1966, Fédération nationale des importateurs et exportateurs de produits d'alimentation, L. 111.

C.E., 11 mai 1966, Ministre de la Construction c/ Pruvot, L. 320.

Adde : BIASCA, *Les dérogations aux lois et règlements*, G.P. 24.27 décembre 1966, Doctrine.

Le principe d'égalité impose donc une égale application des lois et règlements. Cette solution est juridiquement incontestée mais ne peut-on aller plus loin et passer d'un point de vue statique à un point de vue dynamique ? Pour assurer l'égalité de traitement, ne conviendrait-il pas que toute décision individuelle se fonde sur un règlement dont elle se bornerait à assurer l'application ? Certains auteurs l'ont estimé et ont posé le problème de la réglementation préalable.

Section III. — Le principe d'égalité et la réglementation préalable à la décision individuelle.

L'opinion classique voyait dans la généralité inhérente à la règle de droit une garantie d'égalité. Certaines illusions ont été dissipées à la cruelle lumière de l'expérience. Mais une part de vérité demeure et surtout l'exercice du pouvoir de commandement de la puissance publique est soumis à des conditions qui découlent du principe d'égalité.

Le droit à « l'égal protection des lois » (formule consacrée par le XIV^e amendement de la constitution des Etats-Unis) est, malgré ses ambiguïtés et ses contradictions, une des plus puissantes aspirations communes à toutes les sociétés occidentales.

Il se manifeste sur le plan de la technique juridique par des institutions extrêmement diverses. Certaines sont formellement reconnues par le droit positif. D'autres résultent de revendications doctrinales qui n'ont jamais été explicitement érigées en règles de droit.

Il en va ainsi du principe de la réglementation préalable à la décision individuelle formulé par certains auteurs français, notamment par les tenants du critère matériel. Ce principe a paru lié au régime de droit et à la démocratie mais ni le droit écrit ni la jurisprudence n'ont parfaitement élucidé le problème des relations entre le pouvoir de réglementer et le pouvoir de prendre des décisions individuelles.

Au surplus, l'évolution des conceptions juridiques a renouvelé considérablement les données du problème sans que l'on en soit toujours bien conscient.

Le problème classique, tel qu'il est présenté par Maurice Hauriou, consiste à déterminer dans quelle mesure un acte particulier doit pour être légal se fonder sur une réglementation préalable. Il est lié à cette vision dualiste du droit qui oppose fortement « le bloc légal des lois et règlements » à celui des mesures particulières. Il est implicitement résolu par le refus d'ériger la nécessité du règlement préalable en principe général et autonome.

Mais les analyses contemporaines soulignent au contraire l'unité, sur le plan sociologique, du pouvoir de commandement

de l'administration. Les deux modalités selon lesquelles il s'exerce juridiquement apparaissent comme naturellement liées. Le problème est alors de savoir dans quelle mesure l'une entraîne l'autre et notamment si le pouvoir de prendre des actes particuliers peut impliquer celui d'établir la réglementation générale qui y correspond. Il est loin d'être clairement aperçu et, moins encore, d'être résolu mais l'attitude de l'administration et notamment des ministres contribue à lui donner son intérêt.

§ 1. — La nécessité de se fonder sur un règlement préalable.

1°) La distinction des fonctions de l'Etat systématisée par le doyen Duguit et la primauté accordée au critère matériel inclinent naturellement à faire admettre la nécessité d'une réglementation préalable pour fonder les décisions administratives dont la portée est par essence particulière.

C'est pourquoi la plupart des disciples du doyen Duguit ou même simplement des juristes formés à son école ou adoptant certaines de ses analyses admettent comme évidente cette conclusion. Elle s'impose en effet, presque sans discussion, dans une perspective de légalité matérielle.

Il va de soi que « les détenteurs du pouvoir politique ou leurs agents ne peuvent prendre une décision individuelle et concrète en vue d'une situation déterminée que conformément à une décision générale et abstraite contenue dans un acte législatif » (32). « L'idée de conformité de l'acte individuel à la règle abstraite » paraît aussi naturelle à M. de Laubadère (33), précisément parce qu'il adhère à une conception matérielle de la légalité (34).

Le raisonnement suivi est simple. S'il est quelquefois explicite, il n'est jamais vraiment analysé : « Dans un état de droit, une autorité quelconque ne peut jamais prendre une décision que dans les limites fixées par une disposition statuant par voie générale » écrit Duguit (35). En exprimant la même idée, Rolland précise : « Les décisions individuelles doivent toujours s'appuyer sur une décision générale. Elles doivent toujours être prises en vertu d'une décision générale et en conformité avec elle. C'est là une conséquence du principe de subordination de l'administration à la loi » (36).

Cette précision est remarquable. Elle montre que pour ces auteurs l'idée de réglementation préalable se fonde sur celle de légalité au point de se confondre avec elle. Pour M. Stassinopoulos, « on peut dire que l'administration procède toujours sur la base d'une règle de droit préexistante » qu'elle soit légale ou

(32) BARTHELEMY et DUEZ, *Droit Constitutionnel*, p. 773.

(33) DE LAUBADERE, *Traité cité*, 3^e éd., p. 197.

(34) DE LAUBADERE, *ibid.*, pp. 174, 180, 193.

(35) DUGUIT, *Leçons de droit public*, p. 275.

(36) ROLLAND, *Manuel de droit administratif*.

réglementaire, parce que la décision administrative n'est qu'une application de la loi (matérielle) dans le cas individuel (37).

Il n'est guère besoin de contrôler si ce principe est reçu par le droit positif car il repose sur une exigence de raison ; toute exception ne peut dès lors être qu'une imperfection en voie de disparition. Les garanties que le règlement apporte aux administrés, sur le plan de la protection des droits individuels et du maintien de l'égalité entre les citoyens, le tempérament qu'il impose au pouvoir discrétionnaire de l'administration justifient suffisamment cette attitude.

2°) Un seul auteur s'est attaché de plus près au problème de la réglementation préalable en droit positif. Il s'agit du doyen Hauriou pour qui le point de vue matériel n'avait pas une importance décisive et donc pour qui une démonstration plus élaborée était nécessaire.

Le Tribunal des conflits reconnaît la responsabilité des maires coupables d'avoir ordonné des sonneries civiles de cloches sans se fonder sur un règlement préalable (TC 22 avril 1910. Préfet de la Côte-d'Or et deux autres espèces S. 1910.3.129 note Hauriou) Hauriou croit trouver dans ces décisions une confirmation de sa thèse.

Pour Hauriou, parmi les règles traditionnelles de la procédure administrative figure celle du règlement préalable. Il nuance toutefois cette affirmation : « L'importance pratique de cette maxime du règlement préalable est telle que, pour certains, elle est constitutive de ce que l'on appelle le régime de droit ou Rechtsstaat ; il y a peut-être dans cette opinion quelque exagération, et il vaut mieux dire que le régime de droit repose sur un ensemble de procédures rationnelles ; mais il n'est pas douteux que la maxime du règlement préalable ne soit l'un des éléments essentiels des procédures rationnelles de l'administration ».

Le critère matériel n'est donc qu'un aspect d'un phénomène plus profond. La véritable explication réside dans l'institutionnalisation progressive du pouvoir et, en l'espèce, dans la rationalisation progressive du droit qui en est le corollaire.

La solution n'est pas aussi rigide que le proclament les tenants du critère matériel : « Une pareille maxime n'a encore jamais été formulée comme règle de droit positif ; mais il est infiniment probable qu'elle le sera... cela est désirable car ce sera une garantie de plus pour les administrés ».

Hauriou dépasse le plan de la stricte technique juridique pour envisager l'évolution du système institutionnel dans son ensemble. Mais il en vient très rapidement à considérer la solution comme acquise, ou du moins à la présenter comme telle. Dans son précis, après avoir montré l'existence d'un « bloc légal des lois et règlements » (« il y a... entre les deux ceci de commun

(37) STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 68.69.

que ce sont des règles de droit, c'est-à-dire des règles juridiques générales expressément formulées par l'autorité publique et s'imposant par leur nature aux actes particuliers ») il formule comme première conséquence du principe de la légalité administrative : « Toute décision particulière sur une matière donnée doit avoir été précédée d'une disposition générale par voie législative ou par voie réglementaire édictée sur la même matière » (38). Il précise même que « aucune mesure particulière de police n'est légale sans un règlement général préalable » (39), ce qui est important car, en matière de police, la loi parlementaire ne fixe guère de dispositions de fond.

3°) Ce durcissement des positions d'Hauriou appelle les plus vives réserves. La conception initialement exposée dans sa note est satisfaisante sur le plan théorique mais elle a trop présumé de l'évolution du droit vers un état plus rationnel et plus libéral.

L'ironie du sort veut que Hauriou ait bâti sa construction sur une erreur de droit. Comme l'ont relevé divers auteurs, les espèces sur lesquelles il s'est fondé n'ont pas la portée qu'il leur assignait. En réalité l'obligation pour le maire d'édicter un règlement préalable relatif à la sonnerie des cloches à des fins civiles résultait d'un texte spécial, l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905. Il n'était donc pas possible de généraliser la solution sur le plan strictement juridique.

Cette objection n'est pourtant pas décisive même aux yeux de celui qui la formule car elle n'altère pas la valeur de l'argumentation théorique. Le principe de conformité des actes administratifs à la législation paraît fondamental à M. Eisenmann, sous réserve de l'adjonction de la jurisprudence comme source du droit (40).

4°) Il reste pourtant à confronter cette conception théorique avec les faits et à en dégager la portée et les limites.

En premier lieu, il semble bien que toute compétence doive se fonder sur une règle générale et impersonnelle. Que cette dernière soit écrite dans une loi ou un règlement ou même qu'elle résulte d'une interprétation jurisprudentielle (théories des pouvoirs implicites ou des circonstances exceptionnelles) ne change rien à l'affaire. L'institutionnalisation du pouvoir implique actuellement qu'une autorité administrative soit dotée d'un statut objectif qui détermine l'étendue de ses compétences.

La procédure d'édiction par contre n'est pas nécessairement réglementée et non seulement la jurisprudence n'exige pas une réglementation préalable mais encore, elle en atténue les effets,

(38) HAURIOU, *Précis* 12^e éd., p. 555 et sq.

(39) HAURIOU, *Précis* 12^e éd. p. 551 et 577.

(40) EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E. 1957 pp. 25 et sq et avant lui FENET, Thèse 1937, p. 74 et TEITGEN, Thèse 1934, p. 329.

la libre appréciation de l'autorité disciplinaire. On a souvent souligné que le principe de légalité des délits et des peines ne s'appliquait que partiellement. De même la police intérieure du service est régie par des règles analogues à celle de la police générale (CE 7 février 1936. Jamart S. 1937.3.113) ce qui comporte la possibilité de décisions particulières sans règlement préalable.

5°) Dans aucun des trois principaux secteurs d'activité de la puissance publique, il n'y a de véritable obligation en dehors de textes précis. « En définitive, si l'idée de règlement préalable n'est pas encore retenue à titre distinct de l'idée de légalité, en fait il y a incontestablement dans la jurisprudence une tendance nettement favorable à la réglementation préalable obligatoire » (47).

En l'état actuel du droit français, le recours à la réglementation préalable n'est, comme le soulignait déjà Hauriou, qu'une maxime de prudence, une ligne de conduite généralement adoptée par l'administration. Elle s'accorde assez bien avec le modèle d'organisation hiérarchique et bureaucratique qui caractérise l'administration française. D'autre part, sur le plan social, elle permet un contrôle préventif d'exécution conforme aux aspirations de l'esprit français.

Mais contrairement à ce que pense M. Fenet, ce n'est pas tellement le juge qui pousse à la réglementation préalable que l'administrateur lui-même. Ce dernier y voit une méthode d'action qui lui convient et qu'il connaît bien. Sa disposition d'esprit le pousse naturellement à réglementer l'exercice de sa compétence.

Il en résulte un déplacement du problème. L'obligation de la réglementation préalable n'existe pas en tant que règle générale de procédure, elle n'existe que sur la base de textes formels. Elle peut également être consacrée indirectement comme une manifestation du principe d'égalité des citoyens mais elle n'a pas dans ce cas d'existence autonome. Au contraire, les autorités administratives reçoivent de nombreux pouvoirs à exercer par des décisions particulières. Le problème devient alors de savoir si, comme elles le souhaitent, elles ont le droit de les fonder sur des dispositions de nature réglementaire.

§ 2. — Le droit d'édicter un règlement préalable.

1°) Bien que le droit positif n'ait pas cru devoir retenir la maxime du règlement préalable comme élément du principe de légalité, il l'applique de façon assez générale en raison des avantages qu'elle présente. Les garanties qu'elle peut apporter aux administrés, une garantie d'égalité de traitement en particulier, ne suffisent pas pour l'ériger en règle obligatoire.

(47) FENET, Thèse précitée. Conclusion p. 108.

Mais il existe un autre aspect qui explique l'intérêt de la réglementation préalable pour l'administration elle-même. C'est le tempérament qu'elle apporte à l'exercice du pouvoir discrétionnaire (48). Elle ne le limite pas en réalité car « le fait de prendre un règlement n'est qu'une manifestation du pouvoir discrétionnaire. La liberté d'initiative dans la confection du règlement préalable est complète » (49). Ce n'est qu'au moment de l'application que l'administration se trouve liée par sa propre règle, ce qui ne va pas sans avantages tant pour l'administration (simplicité et rapidité) que pour les administrés (clarté et sécurité).

En fait, l'administration détermine très souvent par des règles générales et impersonnelles la façon dont elle va exercer ses prérogatives en matière de décisions particulières. Elle se lie par des règlements purs et simples, par des circulaires et instructions de service ou même par des pratiques non écrites qui n'en sont pas moins invariables. La valeur juridique de ces actes diffère du tout au tout mais ils manifestent la même tendance sociologique.

« Il ne faut pas croire, en effet, qu'un pouvoir discrétionnaire soit un pouvoir qui n'a pas de règles. C'est seulement un pouvoir qui se fait à soi-même ses propres règles » écrivait Hauriou en 1925 (50). Toutes les analyses contemporaines du phénomène bureaucratique confirment cette opinion et de toute façon, à partir d'une certaine dimension, l'usage d'une faculté d'appréciation doit nécessairement être guidé par des directives abstraites.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat admet que pour établir un tableau d'avancement concernant 13 800 officiers, « en vue de guider son choix... le ministre s'inspire de certains principes qu'il estime en vertu du pouvoir d'appréciation qu'il détient en la matière, particulièrement adaptés, dans les circonstances de l'époque, à une bonne administration de l'armée ». (CE 13 juillet 1962. Arnaud et autres. A.J.D.A. 1962.561).

Lorsqu'une institution a atteint une certaine dimension, la mesure particulière appelle donc la règle générale. C'est là un nouvel argument en faveur de l'unité du pouvoir de commandement de l'administration. Le pouvoir de prendre des décisions particulières et le pouvoir réglementaire en sont deux aspects, logiquement distincts mais complémentaires dans l'action.

Il n'est pas très rationnel de les séparer dans la répartition des compétences. L'autorité chargée d'appliquer concrètement la règle édictée par une autorité supérieure est presque infailliblement conduite à y ajouter ses propres prescriptions réglementaires.

(48) Cf. FENET, Thèse précitée pp. 31.66.

(49) FENET, *op. cit.*, p. 38.

(50) Note HAURIOU sous C.E., 17 juillet 1925. Association du personnel de la Banque de France, S. 1925.3.53.

taires (51). Autrement dit, un pouvoir de décision sur les cas individuels ne se suffit pas à lui-même, tout au moins s'il comporte un minimum d'appréciation discrétionnaire.

C'est dans ces termes que l'on peut poser le problème de savoir si une autorité investie d'un tel pouvoir peut légalement édicter la réglementation correspondante. Nous réservons pour le moment le cas où la loi oblige à fonder une décision sur l'appréciation des seules circonstances de l'affaire.

2°) Le problème peut seulement être posé car il n'est encore aperçu que de façon très diffuse par la doctrine et il n'est pas résolu par la jurisprudence.

Seul le commissaire du gouvernement Tricot a cru pouvoir affirmer le contraire dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 janvier 1954. Institution Notre-Dame du Kreisker (R.D.P.A. 1954.50) où il cherche à définir et à justifier la réglementation par circulaire ministérielle.

« Il existe un pouvoir réglementaire du ministre.

Vous lui donnez, croyons-nous, un double fondement.

Le ministre est chef d'un ensemble de services. Il lui appartient de régler l'organisation et le fonctionnement de ces services...

Le ministre, d'autre part, a le pouvoir de prendre des décisions individuelles. Ce pouvoir implique celui d'adopter et de publier les règles générales en vertu desquelles ces décisions seront prises, à la double condition, d'abord que ces règles ne contrediront pas celles incluses dans les lois et décrets, ensuite qu'elles ne suppriment pas, toutes les fois qu'il est nécessaire, l'appréciation des circonstances propres à chaque cas individuel ».

Il s'agit moins d'une analyse de la jurisprudence établie, puisque M. Tricot ne cite aucun arrêt, que d'une invitation à consacrer cette thèse.

Le Conseil d'Etat s'y refuse, implicitement dans l'arrêt Notre-Dame du Kreisker, explicitement un peu plus tard (CE 6 octobre 1961. UNAPEL précité. R.D.P. 1961.1271. Conclusions Bernard). A cette occasion, le commissaire du gouvernement Bernard critique sévèrement la thèse de M. Tricot et conclut : « Nous avons donc tendance à penser que, sauf dans des cas tout à fait exceptionnels dont il est difficile de trouver des exemples dans votre jurisprudence, le pouvoir de prendre des décisions individuelles ne comporte pas celui de réglementer les conditions dans lesquelles ces décisions individuelles seront prises ».

Pourtant, l'idée fait peu à peu son chemin sans gagner en précision. C'est ainsi, par exemple que MM. Galabert et Gentot, commentateurs de l'arrêt Arnaud, déjà cité (A.J.D.A. 1962.545) reconnaissent comme un fait acquis « qu'il est admis qu'une autorité administrative peut, pour l'examen de cas individuels, se fixer des règles générales » sous certaines conditions.

(51) Cf. *supra*, II^e partie, titre I, chapitre II, L'exécution des lois.

3°) Cette persistance d'une opinion non confirmée par le juge a de quoi surprendre. Elle s'explique pourtant si l'on veut bien lire entre les lignes de certains arrêts, la démarche du Conseil d'Etat est beaucoup plus hésitante qu'il ne paraît au premier abord.

Dans certains cas, il admet implicitement que la compétence pour les décisions individuelles entraîne concession du pouvoir réglementaire. Il lui suffit pour cela d'interpréter extensivement les textes, voire de les solliciter.

Une jurisprudence ancienne et bien établie reconnaît aux autorités chargées de la gestion du domaine la possibilité d'édicter les règlements de gestion. Si l'on réserve, le cas de la conservation du domaine public, puisque la compétence réglementaire est de règle en matière de police, cette solution peut difficilement se fonder sur un texte précis : les titres de compétence sont très vagues (art. 75 C.A.C. : « Le maire est chargé... de conserver et d'administrer les propriétés de la commune... ») ou ne font allusion qu'à des actes particuliers comme les autorisations et permissions de voirie ou encore les baux et contrats.

Le juge a non seulement permis mais même encouragé les autorités, surtout locales, à réglementer préalablement les conditions d'exercice de leurs pouvoirs de gestion (52). Cette attitude favorable à l'administration s'explique sans doute par l'étendue des droits qui lui sont traditionnellement reconnus sur son domaine, aussi bien public que privé, l'idée de compétence strictement définie s'effaçant derrière celle de prérogatives inhérentes au droit de propriété.

Ce fut longtemps la seule exception notable à la règle générale mais la revendication par les ministres de pouvoirs réglementaires accrus a conduit le juge à interpréter très extensivement les textes fondant leur compétence. Bien qu'il s'agisse officiellement de délégations consenties aux ministres, la réalité est assez différente.

Par exemple un décret charge un ministre d'octroyer un agrément et de contrôler la vente de beurre pasteurisé : « Il appartenait au ministre de fixer les caractéristiques auxquelles doivent répondre les produits en vue de l'obtention par les producteurs et intermédiaires de l'agrément prescrit ». (CE 2 juillet 1958.

(52) Cf. *supra*, 1^{re} partie, chapitre III.

Pouvoirs de police et pouvoirs de gestion du domaine se combinent étroitement :

C.E., 18 novembre 1966, Froment.

C.E., 18 novembre 1966, Dame Veuve Clément.

C.E., 23 juin 1965, Syndicat des commerçants étalagistes de la plaine du Forez, note Mourgeon, J.C.P. 1967.II.15063, A.J.D.A. 1967.45, note de Laubadère.

C.E., 29 avril 1966, Société Affichage Giraudy, A.J.D.A. 1966.502, note Klein, J.C.P. 1966.II.14746.

Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs de lait L. 407).

Le glissement est encore plus net dans un arrêt relatif à l'assurance maladie des exploitants agricoles Le R.A.P. porte que « le ministre de l'Agriculture peut consentir à la caisse centrale... les avances nécessaires » sur la part des cotisations à la charge de l'Etat. « Cette disposition a conféré au ministre de l'Agriculture le pouvoir de prendre les mesures de caractère réglementaire propres à assurer la mise en œuvre du régime d'avances institué par les prescriptions législatives et réglementaires susvisées »... (CE 6 novembre 1964. R.A.M.E.X. A.J.D.A. 1964.719 chronique p. 692).

Lorsque cette solution n'est pas possible, il en reste une seconde qui aboutit en fait à un résultat analogue. Le ministre ne peut prendre de règlement mais il a la faculté d'indiquer par circulaire dépourvue de valeur obligatoire les règles selon lesquelles lui-même et ses services statueront dans les cas particuliers.

Nous avons déjà vu le cas des instructions de service. Mais il n'y a pas de différence fondamentale entre l'hypothèse où le ministre règle l'exercice des compétences dévolues à ses subordonnés et celle où il indique sa propre ligne de conduite.

Dans les deux cas, la circulaire est très proche de l'acte réglementaire et joue en fait le même rôle. La conséquence la plus remarquable de cette attitude du juge est « que le pouvoir quasi-réglementaire ainsi exercé échappe à tout contrôle juridictionnel » (chronique de MM. Galabert et Gentot sous C.E. 13.7.1962. Arnaud précité A.J.D.A. 1962.545). Pas plus la légalité des règles ainsi posées que celle des dérogations qui peuvent y être apportées n'est susceptible d'un contrôle.

Si l'on tient compte à la fois de l'extension du pouvoir réglementaire concédé et du pouvoir quasi-réglementaire exercé par circulaire, on s'aperçoit que le Conseil d'Etat admet bien plus souvent qu'il ne paraît la possibilité pour une autorité administrative d'édicter des règles générales comme support de ses décisions particulières.

4°) Il a été conduit à cette solution de compromis, assez boiteuse, il faut le reconnaître, sous la pression des faits. Les deux procédés, réglementaire et individuel, sont trop indispensables l'un à l'autre pour pouvoir être véritablement dissociés ; le second procédé en tout cas ne peut se passer du premier. Lorsque la dissociation est établie par le droit, la pratique administrative tend sinon à reconstituer l'unité, du moins à restituer un pouvoir réglementaire secondaire entre les mains de l'autorité chargée de l'application individuelle de la règle principale.

Il existe en fait une forte pression en ce sens de la part de l'administration et notamment des ministres. Le juge peut difficilement ne pas en tenir compte, même lorsqu'il refuse le

caractère réglementaire de certains actes. Cela ne veut pas dire que le droit de prendre les décisions particulières soit la source d'une nouvelle compétence, légalement instituée, en matière réglementaire.

Ce n'est qu'une maxime de bonne politique administrative : elle contribue au bon fonctionnement du processus de décision. Mais l'ériger en règle de droit ne serait nécessaire que dans le cas où elle serait par trop méconnue par l'aménagement des compétences en droit positif.

Elle pourrait contribuer à fonder le pouvoir réglementaire des ministres car, dans ce domaine, le divorce entre le droit officiel et la pratique administrative est presque complet et les conséquences en sont de plus en plus gênantes. Ce n'est alors qu'un aspect du problème plus vaste des circulaires ministérielles. Mais la construction jurisprudentielle relative aux pouvoirs des ministres peut malaisément être bonlevée sans une réforme constitutionnelle qui rompe avec la distinction traditionnelle entre exécution réglementaire et exécution non réglementaire de la loi.

Sous aucune de ses deux formes, la liaison entre les deux procédés de commandement ne semble appelée à faire l'objet de règles de droit. Il n'est pas indispensable qu'une décision individuelle se fonde sur un règlement préalable ni qu'elle entraîne la compétence réglementaire correspondante.

Mais ce sont deux règles de sage administration qui sont généralement appliquées en fait. Elles ont en effet de multiples avantages techniques comme la simplicité et la rapidité de la prise de décision, la sécurité des relations juridiques. Elles contribuent à éliminer l'arbitraire du pouvoir discrétionnaire tout en réservant la liberté de l'administration. Elles figurent donc dans ces procédures rationnelles qui permettent d'assurer une plus grande égalité de traitement entre les administrés.

CHAPITRE III

LE PRINCIPE D'ADAPTATION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE
LES PREROGATIVES DE L'AUTORITÉ RÉGLEMENTAIRE

INTRODUCTION :

1°) Les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire ne se limitent pas au respect du principe d'égalité. La situation juridique générale et impersonnelle créée par le règlement appelle naturellement ce principe auquel toute une tradition philosophique et politique attache beaucoup d'importance. Mais elle doit également être considérée dans le temps : elle est, par définition, permanente et s'oppose ainsi à la situation juridique particulière et subjective.

Ce caractère ne signifie pas que la règle est prise pour l'éternité, ni même nécessairement pour une durée illimitée. Le fait qu'une règle soit édictée pour une durée limitée ou jusqu'à survenance d'un terme extinctif n'en modifie pas fondamentalement la nature : une norme particulière s'éteint après sa réalisation et du fait même de son accomplissement, puisqu'elle régit une situation concrète donnée. Une règle générale s'applique chaque fois qu'une situation réunit les conditions qu'elle requiert. Elle subsiste et peut être appliquée indéfiniment pendant sa période d'existence. L'exercice du pouvoir réglementaire ne le fait pas disparaître, comme il arrive au pouvoir de prendre une décision particulière.

La permanence de la règle, entendue au sens large, pose de façon originale le problème de l'exercice dans le temps du pouvoir réglementaire. A côté de solutions identiques ou analogues pour tous les types d'actes administratifs, certaines diffèrent profondément en raison de la nature de ces actes.

La situation particulière serait vidée de son contenu, si elle ne bénéficiait pas d'une certaine stabilité ; les droits et obliga-

tions qu'elle fait naître seraient purement protestatifs s'ils pouvaient être remis en cause sans limites. La permanence de la règle s'associe au contraire à sa mutabilité dans le temps, l'une étant la contrepartie de l'autre : la règle ne s'épuisant pas par son exercice ne peut disparaître que par l'intervention d'une décision de même nature prise à cet effet et une intangibilité absolue des situations juridiques générales est inconcevable.

Les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire sont marquées par cette exigence de mutabilité. Elles relèvent d'une conception dynamique de la légalité qui prend en considération l'écoulement du temps. A l'inverse, le besoin de stabilité confère logiquement un caractère statique aux conditions d'exercice du pouvoir de prendre des mesures particulières.

Cette opposition doit être précisée et nuancée mais elle peut servir de point de départ d'hypothèse de travail à une étude du régime juridique propre à l'exercice du pouvoir réglementaire.

Les conséquences positives de la permanence et de la mutabilité de la règle n'ont d'ailleurs attiré l'attention que depuis peu. L'évolution accélérée de la société à l'époque contemporaine soumet à une rude épreuve les systèmes juridiques élaborés en des temps plus calmes. Les problèmes pratiques qu'elle soulève mettent en évidence les lacunes de l'analyse théorique et incitent à la réflexion. L'évolution sociale a d'autre part pour effet de bouleverser les mentalités : une attitude générale favorable au changement identifiée au progrès, valorise considérablement les conceptions les plus dynamiques.

C'est dans ce contexte que se dégage peu à peu un principe d'adaptation du pouvoir réglementaire. Un tel principe n'est pas expressément formulé mais il constitue le thème commun à un certain nombre de solutions positives qui vont se multipliant. Sans faire l'objet d'une construction juridique précise qui est encore prématurée, il peut être le fil conducteur qui relie différents aspects, anciens ou nouveaux, propres à l'exercice du pouvoir réglementaire.

L'adaptation de la réglementation aux changements de circonstances correspond aux besoins de la société globale dont l'évolution spontanée risquerait d'être freinée ou paralysée par l'inertie du droit. Le principe d'adaptation dépasse donc les intérêts immédiats des autorités administratives comme ceux des administrés. Pour les uns comme pour les autres, il donne naissance à des droits aussi bien qu'à des obligations, à des avantages aussi bien qu'à des limitations.

Du point de vue du titulaire du pouvoir réglementaire, le principe d'adaptation crée un certain nombre d'obligations ; par exemple celle d'édicter une réglementation pour faire face à une situation nouvelle ou celle d'adapter une réglementation existante à un changement de circonstances.

Mais ces obligations elles-mêmes supposent que soient recon-

nues les prérogatives qui permettent à l'administration de les remplir. Traditionnellement l'accent a été mis sur les prérogatives de la puissance publique qui font de l'exercice du pouvoir réglementaire un pouvoir très largement discrétionnaire. Leur nécessité fonctionnelle n'est apparue que plus tard. Les principes d'effet immédiat ou de mutabilité pour l'avenir des règlements allègent l'autorité réglementaire du poids du passé et lui permettent une libre adaptation aux situations nouvelles. Ces prérogatives constituent donc le préalable indispensable aux obligations qui apparaissent à un stade ultérieur. Comme elles font l'objet de constructions juridiques relativement élaborées, il est indiqué de les examiner en premier lieu.

2°) L'administration doit être laissée libre d'adapter la réglementation aux besoins du service et aux exigences de l'intérêt général. Le régime juridique auquel est soumis l'exercice du pouvoir réglementaire doit être organisé en conséquence, sans pour autant négliger les autres facteurs.

Il importe donc que le pouvoir réglementaire reste relativement « disponible » mais cette disponibilité est ordonnée à une fin et non pas arbitraire. La règle dispose naturellement pour l'avenir, c'est-à-dire qu'elle organise les rapports sociaux noués après son édicition. L'aspect normatif du droit objectif en fait un instrument d'action pour maintenir ou instaurer un certain ordre social. La liberté d'action dont doit disposer le pouvoir réglementaire ne concerne que les effets à venir des règlements.

Le principe de non-rétroactivité s'applique aux actes réglementaires comme à tous les actes administratifs et dans la même mesure. Il ne contredit pas le principe d'adaptation propre au règlement car leurs domaines d'application demeurent séparés dans le temps.

Un acte administratif est dit rétroactif lorsqu'il est « destiné à produire des effets juridiques antérieurement à son entrée en vigueur » (qui, notons-le, n'a pas lieu nécessairement dès son émission) (1). Le problème des effets qu'il peut avoir postérieurement sur des faits déjà survenus ou des situations déjà constituées est tout à fait distinct.

Les fondements du principe de non-rétroactivité sont divers : raisons pratiques tirées de la sécurité nécessaire du commerce juridique, arguments formels tirés de certaines lois comme l'article 2 du code civil, fondements d'ordre théorique comme l'incompétence *ratione temporis* de l'auteur de l'acte, l'absence de motifs de l'acte...

Mais il faut conclure que « abstraction faite de l'existence d'un principe général à caractère coutumier, expression des nécessités de la sécurité juridique, les différentes raisons théoriques qui peuvent fonder l'illicéité des actes rétroactifs ne valent jamais dans tous les cas » (1).

(1) L'incompétence *ratione temporis*, J.M. Auby, R.D.P. 1953.5.

Ainsi s'explique que le principe général du droit qui fonde la non-rétroactivité n'ait pas une portée absolue mais connaisse de nombreuses exceptions, justifiées par d'autres considérations. L'étude déjà citée de M. Auby en énumère plusieurs : l'effet rétroactif dans l'application d'un texte législatif ou d'un jugement annulant un acte administratif, le retrait des décisions administratives n'ayant pas créé de droit, l'effet rétroactif lié à l'effacement d'une irrégularité, la rétroactivité des mesures favorables enfin la gamme des mesures administratives comportant nécessairement un effet rétroactif. La plupart de ces hypothèses ont été consacrées par le juge sous la pression de besoins pratiques et d'autres peuvent apparaître de la même façon si besoin est (2).

Nous n'entamerons pas l'étude de cet immense problème car les quelques indications qui viennent d'être données montrent clairement qu'il n'est pas spécifique du pouvoir réglementaire : le principe général vaut pour tous les actes administratifs quels qu'ils soient ; ses justifications sont analogues dans tous les cas ; ses limites enfin concernent aussi bien les actes réglementaires que les actes particuliers et généralement les deux catégories à la fois.

Nous voulons seulement montrer que pour ses effets antérieurs à son entrée en vigueur, le règlement est soumis au régime général des actes administratifs. L'originalité qu'il tient de son caractère général et permanent n'apparaît que dans les effets postérieurs à son entrée en vigueur car elle n'est justifiée que dans ce dernier cas.

Le principe d'adaptation de la réglementation dans le temps ne concerne que ses effets à venir. Sur le plan de la technique juridique, il se décompose en deux principes complémentaires : la mutabilité permanente qui laisse à l'administration toute liberté d'abroger ou de modifier pour l'avenir un règlement légalement pris et appliqué ; l'effet immédiat qui permet à l'administration d'appliquer le règlement nouveau à toutes les situations en cours et à venir. Non seulement une réglementation peut disparaître mais encore ses effets peuvent être effacés ; l'administration a donc les mains libres pour adapter à tout instant sa réglementation aux besoins de l'heure.

(2) Un certain flottement se manifeste parfois sur certains aspects du principe de non-rétroactivité.

Ainsi une délibération du conseil municipal instituant une taxe est illégale si elle est prise après le début de l'année où la taxe doit être appliquée (C.E., Ass. 14 mai 1955, Ministre des Finances c/ Jacquier, L. 278). Par contre, une décision ministérielle intervenue pour organiser les campagnes thonières alors que « la campagne de pêche n'était pas encore terminée » est considérée comme légale (C.E., Ass. 21 octobre 1966, Société Graciet et Cie, conclusions Raudouin, A.J.D.A. 1967, 274).

Section I. — Le principe de la mutabilité permanente des règlements administratifs.

La possibilité pour l'administration d'abroger ou de modifier un acte réglementaire qu'elle a elle-même édicté est un principe incontesté et incontestable du droit français. Elle n'appellerait pas beaucoup de commentaires si elle ne posait pas le problème du droit pour l'administration de s'engager unilatéralement, problème auquel l'évolution sociale et économique donne une certaine actualité.

§ 1. — La solution de principe.

Les règlements ne disposent que pour l'avenir. Tout effet rétroactif leur est en principe refusé. L'autorité administrative ne peut donc retirer un règlement, c'est-à-dire l'annuler *ab initio*. Cette règle est absolue pour les règlements légaux, dans la mesure où seule la volonté de l'administration est en jeu (3). Elle souffre pour des règlements illégaux la même exception que pour les décisions particulières qui ont conféré irrégulièrement des droits. (C.E. 14 novembre 1958. Ponard R.D.P. 1959.348).

Par contre, tout règlement peut toujours être abrogé ou modifié pour l'avenir par l'autorité qui l'a édicté. La jurisprudence est formelle et constante sur ce point (cf. par exemple C.E. 17 mars 1911. Blanchet L. 332). Elle consacre ainsi le principe de la mutabilité permanente des règlements administratifs et lui donne une portée générale qui ne souffre pas d'exceptions.

1°) Comment ce principe peut-il s'expliquer ? L'explication classique fait appel à la nature objective des dispositions réglementaires. Elle peut-être complétée par la prise en considération des nécessités propres à l'exercice du pouvoir réglementaire.

La classification des situations juridiques que présentent Duguit et ses disciples oppose les situations générales et impersonnelles qui sont essentiellement modifiables par la loi et le règlement aux situations individuelles qui sont intangibles (4).

L'argument le plus souvent retenu à l'heure actuelle (certaines critiques excessives de Duguit ayant été abandonnées et notamment l'idée de droits subjectifs ayant été reprise) est celui-ci : « Les actes réglementaires sont de par leur nature révocables ; leur retrait se faisant par voie d'abrogation ou de dérogation ne

(3) Elle a une exception apparente : le juge autorise l'administration à retirer rétroactivement un acte régulier qui n'a pas encore reçu application. C.E., 12 décembre 1953, Confédération nationale des Associations catholiques de chefs de famille, D. 1954.511. C.E., Ass. 21 octobre 1966, Société Graciet et Cie, A.J.D.A. 1967.274, conclusions Baudouin.

(4) Duguit, *Traité* 2^e éd., p. 221.

JEZE, *Principes généraux*, 3^e éd., p. 10.
BONNARD, *Précis* 1926, p. 6.

heurte jamais des droits subjectifs étant donné que l'acte réglementaire, en introduisant des règles de droit, ne crée que des situations générales et impersonnelles » (5).

L'idée qu'un règlement ne crée jamais de droits acquis est discutable : une situation créée par voie générale peut dans certains cas être protégée par la théorie des droits acquis et rester régie par la réglementation qui lui a donné naissance (6). Ce qui est exact, c'est que nul n'a droit au maintien d'un règlement mais il reste à expliquer pourquoi : toute règle objective se concrétisant finalement en situations particulières, les intéressés ont au contraire un intérêt évident à en obtenir le maintien s'il leur bénéficie. La conception classique tire des conséquences excessives d'une distinction exacte dans son principe mais dont la portée est surévaluée.

La mutabilité permanente des règlements ne peut s'expliquer que par la nécessité de faire évoluer le droit objectif en fonction des besoins socio-politiques. Elle est un aspect fondamental du principe d'adaptation de la réglementation qui s'impose dans la conception moderne du pouvoir.

Les exigences de la sécurité juridique favorisent la stabilité des situations acquises mais elles ne peuvent prévaloir que lorsque des intérêts particuliers sont directement en cause. L'intérêt public prédomine lorsqu'il s'agit de définir l'orientation du droit à venir. Un point d'équilibre se trouve ainsi marqué par les solutions du droit positif : non-rétroactivité des actes administratifs, respect de certains droits acquis. La mutabilité pour l'avenir des règlements entraîne logiquement leur effet immédiat sur les situations en cours. Le premier principe ne souffre pas d'exception parce qu'il ne s'applique qu'au niveau du droit objectif alors que le second comporte d'importantes limites parce qu'il concerne avant tout les relations entre la règle nouvelle et l'ensemble de l'ordonnement juridique, y compris les situations particulières. On voit que les deux principes sont liés, se complètent l'un l'autre et découlent tous deux du principe supérieur d'adaptation qui régit l'exercice du pouvoir réglementaire.

2°) Le régime juridique qui découle du principe de mutabilité permanente se caractérise par l'absence complète d'entraves apportées à l'édiction d'une nouvelle réglementation.

La jurisprudence répète avec insistance que nul ne peut se prévaloir d'un droit quelconque au maintien d'une réglementation. Elle applique ce principe à tous les domaines, au statut de la fonction publique locale (C.E. 25 juin 1958. Fumasoli, A.J.

(5) STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, p. 257.

Cf. aussi l'explication classique de JEZE, *Principes généraux*, pp. 112 et sq.

(6) Cf. *infra* : section suivante : le principe de l'effet immédiat des règlements.

D.A. 1958.431) ou nationale (C.E. 10 juillet 1963. Dame Terlon. A.J.D.A. 1964.180), à l'organisation d'un service public (C.E. 27 janvier 1961. Vannier. L. 60 conclusions Kahn) à la police.

Elle applique ce principe à toutes les autorités administratives : elles peuvent à tout moment abroger ou modifier les textes qu'elles ont édictés. Cette faculté n'est soumise qu'à un minimum de règles de compétence ou de procédure. Par exemple un ministre peut modifier un de ses arrêtés par un arrêté pris en principe pour l'exécution du premier (C.E. 24 octobre 1962. Siadous. A.J. D.A. 1963.37).

L'autorité qui a pris le règlement ne peut l'abroger ou le modifier que si elle est encore compétente sur ce point. Ainsi à l'expiration des pouvoirs spéciaux conférés par le parlement ou le peuple, le gouvernement ne peut plus modifier ses décrets-lois ou ses ordonnances. De façon plus banale, un changement dans l'aménagement des compétences peut dépouiller une autorité de ses prérogatives. Dans ce cas, l'autorité qui en hérite exerce le même pouvoir d'abrogation et de modification, nonobstant la hiérarchie normale des actes. La compétence peut même être purement et simplement supprimée (C.E. 23 mai 1960. Confédération nationale de la boucherie française. L. 353 : depuis la loi du 11 mai 1950 sur les conventions collectives, le ministre du travail n'a plus compétence pour modifier ou abroger ses arrêtés réglementaires portant fixation de salaires).

Une des manifestations les plus éclatantes de la force du principe d'adaptation est la mutabilité permanente des règlements d'application des lois, nonobstant le fait que la loi ait fixé un délai pour son édicton. Or cette solution est traditionnelle et s'applique même aux R.A.P. depuis le début du XX^e siècle. Il est à remarquer que le juge fonde explicitement sa solution sur le principe d'adaptation : pour le Conseil d'Etat, l'invitation législative à prendre un règlement d'application « comporte nécessairement le droit pour le gouvernement d'apporter au règlement primitif les modifications que l'expérience ou des circonstances nouvelles ont révélé comme nécessaires pour assurer l'exécution de la loi ». (C.E. 6 décembre 1907. Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres L. 913).

Outre le parallélisme des compétences qui est assez strict, le pouvoir de modification et d'abrogation doit respecter les règles beaucoup plus souples du parallélisme des procédures et des formes.

Il n'est par contre dans le règlement aucune disposition de fond qui puisse être considérée comme intangible. Le principe de mutabilité est absolu et sans exceptions. Si certaines dispositions ne peuvent être touchées, ce ne peut être qu'en considération de facteurs étrangers au problème. Par exemple, si l'existence d'un règlement d'application est imposée par la loi, seule sa modification est légale, l'abrogation pure et simple est

impossible dans ce cas particulier. Seul le problème des dérogations mérite un examen particulier.

3°) En règle générale, un règlement peut librement déroger à un règlement plus ancien de même valeur. La dérogation ne diffère de la modification qu'en ce que le second texte a une portée plus restreinte que le premier soit dans le temps soit dans le champ d'application (C.E. 25 juin 1954. Syndicat national de la meunerie à seigle. D. 1955.49, conclusions Dornedieu de Vabres. Un décret déroge pour l'année 1950 au décret relatif à la fixation du prix du seigle. C.E. 26 mars 1958. Barbier de Preuille L. 813. Un décret statutaire en modifie un autre en ce qui concerne les fonctionnaires en service dans les Nouvelles Hébrides et la Nouvelle-Calédonie).

Mais la possibilité de dérogation rencontre un obstacle qui n'existe pas dans le cas de modifications complètes ; c'est l'obstacle que dresse le principe d'égalité devant la loi et les règlements administratifs : qu'elle figure dans le texte initial ou qu'elle y soit introduite postérieurement, une disposition discriminatoire est illégale et doit être annulée (7). En pratique, l'atteinte à l'égalité est rarement admise (CE 7 mai 1965. Blanc et Truchet. AJDA 1965.529. Conclusions Rigaud. CE 25 février 1966. Fédération hospitalière de France. L. 143 Rejets).

Malgré ces quelques réserves, le principe de la mutabilité permanente des règlements administratifs est solidement assuré : les administrés ne peuvent porter atteinte à la liberté d'action du pouvoir réglementaire. Mais ne peut-on concevoir que l'autorité réglementaire se le permette pour l'avenir ? C'est le problème de l'engagement unilatéral.

§ 2. — Le problème de l'engagement unilatéral

1°) « Une révolution d'une portée incalculable remplace de nos jours, sous nos yeux, en nous, une perspective immobiliste par une perspective prévisionnelle, la loi par le plan » (8). L'idée d'une règle abstraite qui détermine, dans l'instant, un certain ordre juridique se dévalorise. Une exigence d'application effective du droit et une prise de conscience du phénomène de la durée souligne l'importance du programme qui oriente et coordonne des actions concrètes se déroulant dans le temps. Ce changement de perspective apparaît surtout dans le domaine économique où la planification indicative dépasse en partie l'opposition entre économie libérale et dirigisme réglementaire. Mais il s'étend à bien d'autres domaines : l'évolution de l'urbanisme depuis la procédure d'alignement jusqu'aux plans d'ur-

(7) Cf. *supra*, chapitre précédent.

(8) Joseph ROVAN, *Une idée neuve, la démocratie*, Ed. du Seuil 1961, p. 113.

banisme et maintenant aux programmes de modernisation et d'équipement des agglomérations est assez remarquable (9).

Ses conséquences ne se sont encore guère manifestées sur le plan juridique : le plus souvent la programmation inscrite au plan reste extérieure à l'ordonnement juridique : en elles-mêmes, les directives contenues dans le plan ne revêtent aucune force juridique et leur mise en œuvre ne dispense pas de recourir aux procédures juridiquement nécessaires pour assurer leur exécution (10) (11).

Mais la planification est devenue un processus de décision politique de plus en plus couramment employé. Elle ne peut manquer d'exercer une influence sur les structures proprement juridiques. Elle souligne leur vieillissement et contribue à leur désagrégation. A la limite, elle tend à se substituer en fait aux modes de décision conformes à la légalité traditionnelle (12).

Ce n'est, bien entendu, qu'un aspect de la crise actuelle de la légalité, mais il a une grande importance à long terme. Le défi présenté à l'ordonnement juridique traditionnel ne pourra être relevé sans un effort d'adaptation persévérant.

Une des supériorités de la planification est d'admettre qu'une action se déroule dans le temps et, une fois décidée, ne doit pas être remise en cause à tout instant. Il n'est nullement paradoxal de souligner que la stabilité est indispensable au changement : la prévision sur laquelle prend appui un programme de longue haleine ne peut au contraire s'en passer ; l'efficacité de l'action entreprise, son acceptation par les intéressés dont le comportement est souvent décisif, dépendent de la continuité dont fait preuve l'autorité.

Il serait intéressant de dégager des procédures administratives capables de parvenir à un tel résultat. La théorie de l'engagement unilatéral en fournit une. Sous sa forme absolue, elle est repoussée par le droit positif car elle serait contraire au principe de la mutabilité permanente des règlements sans contrepartie suffisante. Mais une forme atténuée serait parfaitement compatible avec ce principe si elle se bornait à créer une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute.

2°) La théorie de l'engagement unilatéral consiste en premier lieu dans l'affirmation que l'autorité réglementaire peut vala-

(9) A. LAURE, *La planification urbaine en France*. Revue de l'Action Populaire 1963.171.

(10) Cf. J.L. QUERMONNE, *Les effets de la planification au niveau de l'appareil politique et de l'ordonnement juridique*.

Rapport au colloque sur la planification de la F.N.S.P., Grenoble 1963.

(11) Les lois de programme instituées par l'article 34 de la Constitution n'ont aucune force obligatoire. Les crédits qu'elles prévoient ne peuvent être engagés qu'après le vote de la loi de finances au cours duquel le Parlement n'est lié que moralement par sa décision antérieure.

Cf. par ex. CARCELLE et MAS, *Les lois de programme*. R.A. 1959.411.

(12) Cf. J. L. QUERMONNE, *Rapport précité*.

blement se lier elle-même pour l'avenir, qu'elle peut s'engager à maintenir les dispositions qu'elle a édicté.

Un engagement sans limitation de durée n'est pas admissible ni même concevable. Le principe de mutabilité régit nécessairement les actes à durée indéterminée, sauf à réviser certaines idées fondamentales de la civilisation occidentale.

La jurisprudence décide qu'une autorité ne peut prendre d'engagements relatifs à l'exercice de sa compétence. Par exemple un Conseil municipal ne peut s'interdire à l'avance la création de certains services publics (CE 9 mars 1951. Ville de Villefranche-sur-Saône. L. 144). De tels engagements s'analysent en effet comme des renoncements à l'exercice d'une compétence, ce qui est rigoureusement impossible en raison du caractère fonctionnel des compétences administratives.

Renoncer à l'exercice du pouvoir réglementaire serait renoncer à l'un des droits les plus éminents des personnes publiques. Or ces droits leur sont normalement conférés dans l'intérêt général : l'interdiction d'en disposer est la contrepartie inhérente de pouvoirs fonctionnels.

Par contre, la question se pose de savoir si « le principe de la mutabilité des actes réglementaires est absolument général ou s'il doit céder dans le cas particulier où l'autorité réglementaire, au lieu de statuer sans indication de temps, a déclaré se prononcer pour une période déterminée » (13).

Les circonstances de l'espèce montraient l'intérêt d'une réponse affirmative. Un décret de 1947 dispose que pour un certain nombre de campagnes, le prix du seigle est établi en appliquant un coefficient au prix du blé. Ce mode de calcul permet aux producteurs d'adopter en connaissance de cause la spéculation pour eux la plus rentable ; sa stabilité permet aux pouvoirs publics d'orienter la production globale vers les objectifs choisis. La dérogation apportée une année désorganise le comportement des agriculteurs et compromet par conséquent la réalisation du plan. Le respect de l'engagement pris est donc un facteur d'efficacité administrative.

S'appuyant sur l'autorité de Jeze (14), le commissaire du Gouvernement DONNEDIEU DE VABRES conclut : « Le Gouvernement a le droit de modifier à tous moments ses règlements et il ne saurait renoncer à ce droit sans manquer à la mission qui lui est donnée par le législateur ».

Cette affirmation est reprise par l'unanimité de la doctrine. Les promesses faites par l'Administration n'ont aucune valeur juridique. Elles n'ont aucune importance et ne créent aucun droit au maintien d'une situation générale (15).

(13) Conclusions DONNEDIEU DE VABRES sous C.E., 25 juin 1954, Syndicat national de la meunerie à seigle, D. 1955.49.

(14) JEZE, *Principes généraux*, 3^e éd., p. 112 précité.

(15) Cf. par exemple, J.C.A. fasc. 107, n° 8.

STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, p. 257.

Elle est consacrée par le juge dans l'espèce évoquée ci-dessus et dans d'autres survenues ultérieurement. (CE 22 février 1957. Association générale des producteurs d'oléagineux et CE 6 mars 1957. Union nationale des coopératives agricoles de céréales. Lebon. Tables p. 840).

L'autorité administrative peut édicter des règlements à durée déterminée mais ne peut s'engager à en maintenir les dispositions durant cette période. Un raisonnement logique montre qu'il ne peut en être autrement : « Il n'est pas nécessaire, pour expliquer la solution, ni d'ailleurs exact, de considérer comme illicite ou « sans valeur juridique » la clause par laquelle l'administration fixe la durée de validité d'un règlement. Ce n'est pas nécessaire, puisqu'il suffit de constater qu'elle présente elle-même le caractère d'une disposition réglementaire et qu'elle peut, comme telle, être abrogée par l'autorité compétente. Ce n'est pas exact, puisque cette clause a au moins pour effet de mettre fin à l'application du règlement à l'échéance de la date fixée » (16).

L'engagement unilatéral de l'Administration n'est pas illicite, mais soumis comme les autres dispositions réglementaires au principe de mutabilité, il peut être abrogé à tout instant et ne subsiste donc qu'aussi longtemps que l'Administration le désire.

Est-ce le dernier mot ? Ce serait regrettable. M. Donnedieu de Vabres estime que « s'il n'est pas possible juridiquement d'interdire les modifications pour toujours ou pour un certain temps, il est politiquement désirable que certaines institutions aient de la stabilité et ne soient pas facilement bouleversées. Pour obtenir ce résultat, le moyen juridique parfaitement licite est d'organiser une procédure d'abrogation, de modification ou de retrait de la règle, procédure telle qu'on sera certain que le changement, l'abrogation correspondent à un besoin véritable ».

Ces suggestions sont parfaitement valables mais elles demeurent malgré tout des expédients, des palliatifs qui ne répondent pas exactement au problème posé. Il est difficile d'admettre que l'édition d'un règlement pour une durée déterminée ne constitue pas un engagement de l'Administration et que cet engagement n'ait aucune sanction juridique. La théorie de l'engagement unilatéral doit pouvoir être reprise sur une autre base pour « réconcilier sur un point particulier les mœurs administratives et la morale courante », selon l'expression utilisée par le commissaire du Gouvernement Kahn dans ses conclusions sous l'arrêt Vannier, cité plus haut.

3°) La théorie de l'engagement unilatéral proposée par M. Kahn, s'inspire de celle de l'engagement contractuel qui est pratiquée par le droit positif : l'abrogation du règlement n'est pas en soi illicite, mais elle engage la responsabilité sans faute de l'Administration.

(16) Conclusions KAHN sous C.E., 27 janvier 1961, VANNIER L. 60.

M. Kahn présente une analyse de sociologie administrative pour démontrer l'existence d'un engagement vis-à-vis des administrés dans certaines décisions. En l'espèce, l'Administration s'était engagée à continuer des émissions de télévision sur 441 lignes pendant un certain temps. Elle « se fixait publiquement une ligne de conduite ; elle entendait obtenir, en contrepartie, un certain comportement des usagers ». Sur un plan plus général, il est exact que « les règlements faits pour une période déterminée sont en somme l'équivalent, en ce qui concerne les catégories inorganisées de ce que sont les contrats à l'égard des groupements personnalisés » (17).

« On ne peut donc écarter *a priori* tout système qui rapprocherait dans leurs conséquences, l'abrogation de certaines décisions réglementaires et la résiliation des obligations contractuelles ». On sait que l'Administration est liée par ses contrats, non parce qu'ils constituent pour elle une loi immuable, mais parce qu'elle est tenue de réparer les dommages causés par les atteintes qu'elle leur porte, notamment en cas de résiliation unilatérale.

L'Administration ne renonce pas à ses prérogatives, ce qu'elle ne serait pas en droit de faire. Mais elle peut en assortir l'exercice de garanties envers les administrés : la rupture légale d'un engagement pris a pour contrepartie la charge d'une indemnisation. Une hypothèse originale de responsabilité sans faute est créée, beaucoup plus proche de la responsabilité contractuelle que des régimes fondés sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

En assurant ainsi une sanction à un engagement pris, cette théorie satisfait à la fois à des raisons de moralité et à des raisons d'efficacité : « Nous avons dit que la pratique des engagements unilatéraux peut être utile à l'Administration et qu'elle est entre ses mains un moyen d'action bien adapté à certains besoins. Il n'y a aucun motif de laisser ce moyen d'action se déprécier ».

Le Conseil d'Etat n'a pas été sensible à la valeur de ces arguments. Il réaffirme dans son intégralité le principe de mutabilité permanente des règlements : il estime, d'autre part, que les conditions exigées pour engager la responsabilité de l'Administration du fait d'un règlement légal, ne sont pas réunies. L'exigence d'un préjudice grave et spécial, c'est-à-dire d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques demeure intacte. (CE 27 janvier 1961. Vannier. L. 60. Conclusions Kahn. AJDA 1961.75).

Le problème n'est pourtant pas définitivement tranché par cette décision. Il existe, en effet, une pression considérable en faveur

(17) A l'appui de cette thèse, on peut citer la dialectique du règlement unilatéral et de la convention collective dans le domaine social, les relations de travail... Elle a même été érigée en système en Grande-Bretagne.

de la possibilité pour l'Administration de s'engager unilatéralement. C'est en effet pour elle le meilleur moyen d'obtenir un certain comportement des administrés.

La floraison des « quasi-contrats » dans le secteur de la réglementation des prix (le ministère des finances s'engage à ne pas taxer le prix de tel produit si les producteurs acceptent de le maintenir à tel niveau) ou pour l'aménagement du territoire (l'Administration garantit tels avantages à l'entreprise qui réalise telle opération conforme au plan) en témoigne. Juridiquement, le « quasi-contrat » n'est qu'un échange de lettres informant chaque partie des intentions de l'autre. En fait, il réalise un engagement moral réciproque (18).

Les juges de première instance ont au moins une fois admis cette pratique. Un jugement sanctionne la méconnaissance par l'Administration de l'intention annoncée par elle aux importateurs de poivre dans un avis à caractère réglementaire : « les conditions de délivrance des licences d'importation constituent, en effet, pour les ministres intéressés, l'exercice d'un pouvoir qui ne saurait être limité par des accords contractuels passés avec les intéressés ; cependant, l'Administration a, par la note précitée, pris un engagement unilatéral qui bien que susceptible d'être rapporté à tout moment pour des motifs d'intérêt général, est de nature à engager sa responsabilité à l'égard des importateurs dans la mesure où les ministres responsables n'en ont pas assuré l'application ». (T.A. Paris 24 mai 1960. Etablissements Mille Frohlich. AJDA 1961.218).

Il n'est donc pas impossible que la jurisprudence finisse par s'orienter vers une théorie de l'engagement unilatéral qui faciliterait la conciliation entre la conception classique du pouvoir réglementaire et les exigences nouvelles de la planification. Que cette étape soit franchie, ou que la jurisprudence actuelle reste ferme, le principe de mutabilité permanente des règlements n'en resterait pas moins fondamental. Le principe de l'effet immédiat en est le complément indispensable mais aussi le correctif.

Section II. — L'effet immédiat du règlement administratif.

Un acte-règle, qu'il soit législatif ou réglementaire, s'insère dans l'ordonnancement juridique au niveau du droit objectif et seulement à ce niveau. Pour reprendre les termes de Duguit ou de Jèze, il crée une situation juridique générale, impersonnelle, objective. La modification apportée au droit antérieur ré-

(18) Cf. F. BATAILLER, *Une nouvelle technique d'économie concertée : les quasi-contrats pour l'exécution du plan*, R.S.F. 1964.374.

ARRIGHI de CASANOVA, *Les quasi-contrats du plan*, D.S. 1965.341.

TIMBET, *Les contrats fiscaux*, D. 1964, chr. 115.

sulte directement de l'entrée en vigueur de l'acte-règle, à la seule condition qu'il soit légalement pris.

Mais l'ordonnancement juridique ne s'arrête pas au droit objectif. Il se concrétise en situations juridiques particulières et subjectives. Cette concrétisation de la règle s'opère par le moyen d'actes-conditions, d'actes-particuliers, de contrats, par l'attribution individuelle d'une situation générale résultant d'un fait et non d'un acte juridique. Le problème se pose de savoir comment les effets de la règle se feront sentir sur ce processus de concrétisation.

L'exigence de liberté nécessaire à l'adaptation de la réglementation pousse à poser le principe de l'effet immédiat du règlement. Mais l'application de la règle nouvelle peut être paralysée dans une certaine mesure, lorsqu'elle concerne des situations déjà constituées avant son entrée en vigueur.

§ 1. — Le sens et la portée du principe

1°) L'application de la règle nouvelle aux situations nées et aux faits survenus postérieurement à son entrée en vigueur ne fait aucun doute. Notamment tous les actes d'application doivent être conformes à la nouvelle réglementation.

La seule difficulté peut concerner la date d'entrée en vigueur de la règle. Celle-ci est le plus souvent liée à l'accomplissement des formalités de publicité mais il existe de nombreuses exceptions fondées sur un raisonnement logique (un acte d'application ne peut entrer en vigueur que si l'acte principal l'est déjà) ou sur des prescriptions légales (pour les lois et décrets, sauf exécution immédiate ordonnée par le Gouvernement en vertu d'ordonnances de 1816 et 1817, un certain délai doit s'écouler après la publication au J.O.).

L'effet est également immédiat lorsqu'il est postérieur à l'entrée en vigueur, « alors même que l'acte s'appliquerait à des faits antérieurs ou au contenu d'une situation juridique déjà constituée » (19). L'hypothèse est à distinguer très soigneusement de l'effet rétroactif. Il s'agit de savoir comment la règle nouvelle va agir dans l'avenir sur les situations en cours et non en modifier le contenu pour le passé.

La distinction entre effet rétroactif et effet immédiat d'un acte n'a pas toujours été clairement aperçue par la doctrine publiciste. Mais elle a été très fortement établie par M. Aubry qui s'est inspiré pour cela de la doctrine civiliste relative aux conflits de lois dans le temps. Pour lui, la notion de rétroactivité ne peut s'appliquer à cette hypothèse. Elle perdrait, en effet, toute définition précise si elle ne se limitait pas aux effets d'un acte dans le passé.

(19) J.M. AUBRY, *L'incompétence ratione temporis*, op. cit., R.D.P. 1953.5.

2°) Cette extension serait, en outre, critiquable car elle entraînerait l'application du principe de non-rétroactivité qui est en l'espèce incompatible avec les exigences de la société contemporaine.

Cette dernière évolue rapidement non seulement de façon spontanée mais encore sous l'impulsion du pouvoir politique. La nécessité de réformer la société par des décisions publiques est un présupposé commun à presque toutes les tendances politiques actuelles. Le pouvoir réglementaire doit pouvoir répondre à cette exigence, ce qu'il ne pourrait faire s'il était paralysé par le principe de non-rétroactivité ainsi conçu. S'il est apparu un jour possible de concilier les deux principes contradictoires de respect des situations acquises et d'effet immédiat des règles nouvelles, cette conception n'est plus tolérable à l'heure actuelle (20).

Comme le fait M. Auby, il faut reconnaître sa valeur propre et son autonomie juridique à « la règle de l'effet immédiat qui traduit une idée fondamentale des systèmes juridiques modernes, la précellence de la loi nouvelle ». De ce fait, « si l'on considère le respect des droits acquis comme une limite à l'application de la loi nouvelle, cette limite résultant de solutions jurisprudentielles d'équité, il ne s'agit plus d'une conciliation de deux principes, mais de la détermination des exceptions qui peuvent être apportées à des fins d'intérêt privé à une règle d'intérêt public ».

Cette conception, qui est d'un intérêt scientifique considérable, s'impose pour peu que l'on accepte de tenir compte de « l'esprit des lois » contemporaines, c'est-à-dire pour peu qu'on la replace dans son contexte social, politique et juridique : elle correspond en effet au souci d'assurer un libre exercice du pouvoir réglementaire qui permette l'adaptation de la réglementation aux besoins d'une société en constant bouleversement.

3°) Le principe est donc que la réglementation ancienne cesse d'avoir effet dès que la réglementation nouvelle entre en vigueur. Les actes qu'elle régit doivent se conformer à ses prescriptions, au besoin être modifiés en conséquence s'ils avaient été formés sous l'empire d'autres dispositions.

Un changement de règles qui survient pendant la phase d'élaboration d'un acte s'applique à lui, qu'il s'agisse de règles procédurales (CE 11 janvier 1952. Berger. L 28) ou de dispositions de fond (CE 30 mai 1951. Azzet Alameddine req. n° 80.948).

Un changement de règle modifie une situation en cours pour

(20) A titre d'exemple, concevrait-on que la suppression de la catégorie des sénateurs inamovibles opérée en 1885 par la révision de la Constitution de 1875 ne se soit achevée que dans les années 1930 avec le décès du dernier des 75 sénateurs intéressés ? La patience manquerait à nos contemporains si, pour ne pas être suspecte de rétroactivité, une réforme ne pouvait intervenir en moins d'une génération.

l'avenir (CE 4 mai 1960. Premier Ministre contre Jaffray. AJDA 1960.II.238. Une modification des règles d'avancement des administrateurs civils issus de l'E.N.A. s'applique immédiatement aux intéressés). Il modifie également les clauses d'un contrat (CE 2 mars 1960. Ville de Mende. AJDA 1960.II.261. CE 16 novembre 1962. Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre. AJDA 1963.166. Fixation des redevances de location et d'entretien des compteurs électriques).

Un règlement a donc un effet immédiat sur l'ensemble de l'ordonnement juridique. Il ne fait pas obstacle au droit de l'Administration de retarder l'application de la règle nouvelle. « Rien n'interdit à l'Administration d'une manière générale de retarder le point de départ des effets de ses actes par rapport à leur entrée en vigueur » (21). Ce pouvoir n'a jamais été contesté pour les règlements (CE 8 mars 1963. Amicale des membres des Tribunaux administratifs. AJDA 1963.496. Possibilité de modifier les conditions de nomination à un emploi préexistant et d'en retarder l'application jusqu'à la première nomination à des emplois nouveaux créés par ailleurs). Il est seulement limité par le respect des règles générales de légalité comme par exemple l'existence d'un motif qui fonde légalement l'acte.

Mais le droit pour l'Administration de donner un effet immédiat à ses règlements est limité par de nombreuses exceptions qui viennent en atténuer la rigueur dans des cas où un intérêt particulier le justifie.

§ 2. — Les limites au principe de l'effet immédiat

Ces limites tiennent à des considérations d'équité ou de bonne administration et non à un principe général antinomique de celui d'effet immédiat. Il ne semble donc pas, *a priori*, possible de dégager une formule générale qui définisse exactement toutes les hypothèses.

Elles se relient toutes à la notion de droits acquis ou de situations acquises, qui ne doivent pas être remises en cause par la survenance d'une réglementation nouvelle mais chacune d'elles se justifie par des motifs qui lui sont propres.

L'énumération de ces limites ne peut donc se faire qu'à partir d'une étude analytique de l'incidence de la règle nouvelle sur les diverses situations qu'elle affecte. Ce n'est qu'ensuite que pourra être dégagée une directive qui indique le sens général de la jurisprudence tout en restant extrêmement souple.

La notion de droits acquis peut d'abord être entendue au sens restreint de la jurisprudence sur le retrait des actes particuliers. Elle concerne alors la durée des effets d'une décision exécutoire et ne s'attache qu'indirectement aux relations entre règlement et acte particulier.

(21) J. M. Auby, *op. cit.*

Le juge « qualifie ainsi les droits nés de décisions administratives régulières et définitives et dont le retrait est impossible » (22). Pour les décisions qui n'ont pas conféré de droits, le retrait est possible à tout moment et sans conditions. Les décisions qui ont créé des droits, au contraire, ne peuvent pas être retirées, sauf si elles étaient illégales et, dans ce cas, le retrait ne peut intervenir que pendant le délai du recours contentieux.

Cette jurisprudence complexe vise à concilier le respect de la légalité avec la sécurité de la vie juridique. Elle se complète d'une théorie de l'abrogation pour l'avenir : les décisions particulières qui ont créé des droits ne peuvent être abrogées que dans les conditions prévues par les lois et règlements. Si aucun acte contraire n'est prévu, elles sont définitives (23).

Cette jurisprudence est indépendante de celle de l'effet immédiat du règlement. Elle s'applique quels que soient les motifs du retrait ou de l'abrogation. Elles ne se recoupent que lorsque ces motifs se rattachent précisément à la survenance d'une règle nouvelle.

Le droit acquis insusceptible de retrait n'en est pas moins, sur le plan pratique, une importante limite à l'effet immédiat du règlement. La sécurité juridique qui en résulte satisfait les intérêts des individus et indirectement l'intérêt général.

2°) Si le juge protège avec soin les droits acquis par des décisions administratives, il adapte une toute autre attitude à l'égard des contrats de l'Administration.

Un contrat est normalement soumis à la règle de droit en vigueur lors de sa passation mais ses clauses ne sont pas intangibles. Deux hypothèses différentes doivent être distinguées à cet égard.

La première est relative au pouvoir de modification unilatérale qui pourrait appartenir à l'Administration cocontractante. Elle concerne le droit de prendre des mesures particulières modifiant les clauses du contrat et relève de la théorie générale du contrat administratif. La doctrine n'est pas unanime sur l'existence d'un tel droit mais, si elle l'admet, elle y voit généralement une prérogative contractuelle exorbitante du droit commun qui comporte d'ailleurs sa contrepartie dans le principe de l'équilibre financier du contrat.

Le problème qui nous intéresse ici est de savoir si l'existence d'un contrat peut paralyser l'exercice du pouvoir réglementaire en empêchant l'application d'une réglementation nouvelle. La réponse entièrement négative s'étaye sur la théorie du fait du prince (24).

(22) Idem.

(23) Il faut noter qu'en fait l'abrogation pour l'avenir et le retrait rétroactif se confondent dans le cas de beaucoup d'actes particuliers.

(24) Cf. de LAUBADERE, *Traité des contrats administratifs*, tome III, pp. 23 et sq.

La légalité d'une réglementation n'est pas affectée par un engagement contractuel antérieur : elle est appréciée en fonction des critères habituels de validité. Des mesures générales peuvent toucher aussi bien les dispositions mêmes du contrat que ses conditions d'exécution (25). La validité de mesures particulières est beaucoup plus rarement admise puisqu'elle suppose, au moins dans le cas d'atteintes directes aux clauses du contrat, l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale.

Mais la liberté du pouvoir réglementaire (ou du pouvoir de police) ne doit pas permettre à l'Administration de se délier unilatéralement d'une convention. Il y a détournement de pouvoir censuré par le juge si tel est le but visé (26). Telle est la seule réserve à formuler, avec son corollaire que les prérogatives de l'autorité réglementaire ne sont pas plus étendues à l'égard du cocontractant qu'envers les tiers : les deux compétences sont indépendantes et doivent être exercées séparément.

Si l'Administration peut ainsi porter atteinte aux situations résultant de contrats, cette intervention licite peut avoir des conséquences indemnitaires. Ces dernières sont pourtant extrêmement réduites s'il y a eu exercice du pouvoir réglementaire.

Lorsque la mesure émane d'une autorité étrangère au contrat, son incidence sur le contrat ne donne naissance par lui-même à aucun droit à indemnité.

Lorsque la mesure émane de l'autorité contractante, elle entraîne application de la théorie du fait du prince. Toutes les mesures particulières ouvrent droit à indemnité si elles entraînent un préjudice pour le cocontractant. Au contraire, en cas de mesures réglementaires, l'indemnisation est en principe exclue en raison de la généralité de la charge créée. Le droit à indemnité n'est reconnu que dans les cas exceptionnels où la mesure générale affecte une « donnée dont la prise en considération a décidé le cocontractant à conclure le contrat » (27).

Par conséquent, non seulement le pouvoir réglementaire n'est pas entravé par l'existence des contrats (alors que le pouvoir de prendre des décisions particulières est beaucoup plus limité), mais encore son exercice n'ouvre que très exceptionnellement droit à indemnité. L'effet du règlement sur le contrat est immé-

(25) Cf. pour le premier cas qui est le plus exorbitant :

C.E., 19 novembre 1906, ZEILABADINE, S. 1910.3.1, note HAUTRIEU.

C.E., 28 avril 1939, Compagnie des chemins de fer de l'Ouest, R.D.P. 1940.58, conclusions JASSE, note JEZE.

C.E., 3 janvier 1956, Union Syndicale des industries aéronautiques, A.J.D.A. 1958.152.

C.E., 16 novembre 1962, Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre A.J.D.A. 1963.166.

(26) Cf. J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'œuvre contractuel*, A.J.D.A. 1965.1.3.

(27) A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, n° 929.

diat et aucune conséquence indemnitaire ne vient le plus souvent limiter la portée de ce principe.

3°) Le véritable problème est encore plus vaste : il est relatif au contenu des situations juridiques qui ont été créées sous l'empire d'une réglementation disparue, quel que soit l'acte ou le fait qui leur ait donné naissance, et qui lui survivent.

Il résulte de l'analyse faite par M. Auby que l'attribution individuelle d'une situation générale (par un fait ou un acte-condition) peut être parfois génératrice de droits acquis, alors qu'une opinion classique voudrait qu'elle soit toujours modifiable. Ainsi une situation née d'un règlement de police reste précaire et révocable alors qu'en matière de fonction publique les effets produits par une réglementation abrogée ne sont pas remis en cause même si la nouvelle réglementation les rend impossibles pour l'avenir.

Quant aux situations individuelles résultant d'actes subjectifs, la conception traditionnelle les veut intangibles (28). C'est évidemment la situation la plus fréquente mais elle comporte des exceptions : les contrats administratifs, certains actes comme les mesures de police ne peuvent jamais créer de droits acquis malgré leur caractère éminemment individuel.

Même si l'on n'évoque pas certains cas particuliers qui ne concernent pas directement le problème de l'effet immédiat du règlement, l'analyse « aboutit à éliminer une définition assez précise du droit acquis » (29).

4°) La seule conclusion possible sur un plan général est que « les droits considérés par le juge comme acquis sont établis plutôt dans l'intérêt particulier que dans l'intérêt public et, d'autre part, leur maintien et leur exercice sous le régime de la réglementation antérieure ne présentent pas d'inconvénients graves » (29).

Le juge entend garder ses mains libres pour assouplir, le cas échéant, les conséquences d'un principe rigoureux. Seule l'analyse des cas d'espèce permettrait d'apporter de véritables précisions : le succès à un concours ne donne vocation à être nommé que si les conditions de recrutement ne sont pas modifiées avant la nomination (CE 3 juin 1964. Moy. AJDA 1965.118) par contre, la modification des règles d'avancement n'est pas opposable aux agents qui réunissaient, à la date d'entrée en vigueur du nouveau statut, les conditions antérieurement exigées pour être

(28) Pour MM. DUEZ et DEBEYRE (Traité de droit administratif 1952.212). Une situation particulière s'analyse en un pouvoir concret : « Du moment que ce pouvoir est régulièrement né, il ne saurait être supprimé ou modifié sans le consentement de son bénéficiaire : sinon, ce ne serait plus réellement un pouvoir d'obtenir. Ce pouvoir serait vidé de son contenu... avec ces actes particuliers nous sommes dans une autre sphère juridique. Il s'agit d'actes qui se sont dégagés de l'acte-règle, qui ont leur vie juridique propre ».

(29) J.M. AUBY, *op. cit.*, R.D.P. 1953.5.

promus (CE 4 mai 1960. Premier ministre c/ Jaffray. AJDA 1960.II.238).

Seules quelques orientations peuvent être dégagées de cette directive générale. Le principe de l'effet immédiat sera d'autant plus fort que l'intérêt public sera plus impérieux : en matière de police, qui reste la fonction primordiale de la puissance publique, il ne peut se voir opposer aucun droit acquis d'aucune sorte. Dans d'autres domaines, les intérêts particuliers peuvent être pris en considération plus facilement.

On peut également souligner que les droits acquis seront d'autant moins respectables qu'une compensation à l'effet immédiat est possible : l'existence d'un lien contractuel rend plus faciles l'admission d'une indemnisation et par conséquent l'application immédiate d'une règle nouvelle.

Enfin, le jeu conjugué du principe et de ses limites n'est pas à la seule discrétion du juge administratif. L'intention de l'auteur de la règle est fondamentale : une part importante de la réglementation est prise pour l'exécution de la loi, le législateur apprécie librement l'opportunité de prescrire une application immédiate (mesures d'économie dirigée) ou de réserver les droits acquis (article 141 du Statut de la fonction publique de 1946). Bien qu'elle soit sous le contrôle du juge, l'Administration active dispose également d'une marge de pouvoir discrétionnaire dans la mesure où elle peut retarder l'entrée en vigueur de ses actes. Le juge interprète la volonté de l'auteur de la règle au moins aussi souvent qu'il n'impose sa propre conception.

Malgré d'importantes limites qui s'imposent à l'Administration ou qu'elle édicte volontairement, l'effet immédiat d'un règlement administratif demeure la règle. Conjugué avec la mutabilité permanente, il laisse à l'Administration la possibilité d'adapter en permanence sa réglementation aux besoins du moment.

Si ces deux principes ont pour objet immédiat d'accroître son pouvoir discrétionnaire, ils ont pour raison d'être la poursuite de cet objectif d'adaptation. La liberté conférée à l'Administration la met mieux à même de remplir ses obligations. Prerogatives comme obligations concourent à la réalisation d'une même fin supérieure.

CHAPITRE IV

LE PRINCIPE DE L'ADAPTATION
DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE (suite)

LES OBLIGATIONS DE L'AUTORITÉ RÉGLEMENTAIRE

Alors que les prérogatives reconnues à l'Administration dans l'exercice du pouvoir réglementaire font l'objet de constructions doctrinales et jurisprudentielles déjà anciennes et bien établies, les obligations qui lui incombent en contrepartie ne se dégagent que très progressivement à l'époque contemporaine. La matière est encore en pleine évolution et ne peut faire l'objet d'une véritable synthèse.

Les raisons de cet état de choses sont complexes. Certaines tiennent à une réflexion insuffisante des auteurs classiques sur la nature et le statut de l'Administration en général et du pouvoir réglementaire en particulier. Mais les théories émises par les spécialistes ne sauraient être séparées de leur contexte historique et politique : l'avènement et les progrès de l'état de droit ne résultent pas des seuls efforts des juristes mais aussi de l'évolution des conceptions politiques et sociales répandues chez les gouvernants et les gouvernés.

En second lieu, l'affirmation de certaines obligations à la charge de la puissance publique n'offre que peu d'intérêt (sauf sur le plan idéologique, qui est d'ailleurs très important) aussi longtemps qu'elle n'est pas assortie de sanctions juridiques, précises et efficaces. Elle est donc restée subordonnée à un progrès technique du droit administratif. Comparé à ceux d'autres branches du droit, ce progrès a été très rapide au cours de ce dernier demi-siècle, mais il ne faut pas oublier que le droit administratif est un droit extrêmement récent qui n'est pas encore parvenu à maturité.

La volonté de contrôler l'action administrative et la mise au

point des moyens techniques de le faire s'exercent dans le sens d'une élucidation progressive du principe d'adaptation de la réglementation et des conséquences qui en découlent. Elles aboutissent peu à peu à élaborer un régime profondément original pour les actes réglementaires et l'exercice du pouvoir réglementaire.

La première obligation qui a été mise à la charge de l'Administration concerne les effets du changement des circonstances de fait ou de droit sur la validité de règlements légalement émis. Elle se résout en une obligation, juridictionnellement sanctionnée, d'adapter la réglementation en vigueur à ce changement. Une trentaine d'années de maturation ont été nécessaires pour parvenir à une solution stable.

Beaucoup plus récemment, la jurisprudence s'est attachée à rechercher les effets d'une situation de fait ou de droit sur l'exercice du pouvoir de décision de l'Administration. Ce second problème recouvre le premier mais son domaine est plus vaste. Il s'en distingue lorsqu'il concerne non plus la modification d'un acte préexistant mais l'édition d'un acte nouveau. Les solutions déjà acquises sont beaucoup trop fragmentaires pour que l'on puisse parler d'une obligation générale d'édicter un règlement. Même de *lege ferenda*, il n'est pas évident qu'une telle obligation soit possible ou souhaitable dans tous les cas. Les difficultés rencontrées montrent que l'unité du pouvoir de commandement de l'Administration ne disparaît jamais tout à fait devant la dualité du régime juridique des actes réglementaires et particuliers.

Du point de vue d'une logique abstraite, l'obligation statique de s'adapter à une situation donnée aurait dû précéder l'obligation dynamique de s'adapter à un changement de situation. La première résulte seulement d'une intensité plus grande du contrôle juridictionnel et par conséquent d'une réduction du pouvoir discrétionnaire. La seconde implique une modification dans la conception même du principe de légalité. Elle s'est pourtant avérée la plus facile à dégager. La démarche historiquement suivie est, en fin de compte, la plus raisonnable, et, en raison du développement inégal des deux théories, elle peut être conservée pour la clarté de l'exposition.

Section I. — L'obligation d'adapter la réglementation
aux changements de circonstances

Pour que la jurisprudence ait pu imposer une telle obligation à l'Administration, il lui a fallu tout d'abord résoudre une question de principe et des difficultés procédurales. La solution générale dégagée entre 1929 et 1964 paraît avoir atteint maintenant son équilibre définitif. Mais un correctif lui a été apporté en

matière économique et la position du juge ne semble pas tout à fait stabilisée dans ce domaine (1).

§ 1. — Les bases de la théorie jurisprudentielle

La jurisprudence a dû reconnaître que le principe de légalité ne s'appliquait pas de la même façon aux actes réglementaires et aux actes particuliers. Puis elle a dû chercher le moyen procédural d'assurer la sanction de cette nouvelle forme de légalité. Paradoxalement le premier point n'a guère fait de difficultés alors que le second a provoqué un certain nombre de tâtonnements.

A - LE PRINCIPE D'ADAPTATION AUX CHANGEMENTS DE CIRCONSTANCES

1°) La conception la plus généralement admise par la doctrine est que la légalité d'un acte administratif doit être appréciée en fonction des éléments existant lors de son émission. Elle s'appuie sur les règles d'organisation du contentieux administratif (délai limité du recours pour excès de pouvoir, effet rétroactif d'une annulation par exemple), sur les traits caractéristiques des décisions administratives, limitées le plus souvent aux décisions particulières (intangibilité des droits acquis) et sur des considérations générales (sécurité du commerce juridique, effectivité d'un pouvoir de droit).

Elle régnait sans conteste à l'époque classique où le problème d'une adaptation au changement n'était pas posé sur le plan juridique. Certains auteurs, comme Duguit, rayaient le règlement de la liste des actes administratifs ; même les autres auteurs se heurtaient à un droit positif réticent à admettre un contrôle direct de la légalité des règlements. Ainsi s'explique que la question soit restée négligée.

Elle se maintient en doctrine longtemps après avoir été rejetée par la jurisprudence. La note d'Alibert commentant l'arrêt Despujol semble bien indiquer que son auteur n'a pas su en voir toutes les implications à long terme. Elle situe l'arrêt dans une jurisprudence étendant progressivement la recevabilité du R.E.P. Elle y voit la possibilité de faire revivre le R.E.P. à toute époque mais n'imagine pas qu'il introduit, de façon très modeste, mais

(1) C.E., 10 janvier 1930, DESPUJOL, S. 1930.3.41, note ALIBERT, D. 1930.3.16, note P.L.J.

AUBY, *L'influence du changement des circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux*, R.D.P. 1959.431.

C.E., 10 janvier 1964, Syndicat national des cadres des bibliothèques.

C.E., 10 janvier 1964, Ministre de l'Agriculture c/ SIMONNET.

R.D.P. 1964.459. Conclusions QUESTIAUX, R.D.P. 1964.182. Conclusions BRAIBANT, S. 1964.236, note AUBY, A.J.D.A. 1964.150. Chronique générale, R.D.P. 1964.455, note WALINE.

lourde de conséquences, les germes d'une nouvelle conception du principe de légalité.

Jusqu'à l'époque contemporaine, la jurisprudence Despujol n'a été aperçue que comme une exception limitée destinée à résoudre certains problèmes pratiques de police et la majorité des auteurs ne s'en sont pas autrement soucié. Un auteur aussi proche du Conseil d'Etat que M. Odent, pouvait encore écrire en 1954 que « la légalité d'une décision administrative est toujours appréciée à la date où cette décision a été prise » (2).

Ce n'est qu'à une époque très récente que l'étude de M. Auby a montré la véritable portée de cette jurisprudence jusqu'alors négligée. La synthèse ainsi présentée s'est imposée en doctrine et a orienté les développements ultérieurs de la théorie (3).

2°) Le Conseil d'Etat est bien l'auteur de la « conception dynamique de la légalité » que M. Auby a remarquablement explicitée et précisée.

Le principe demeure que « la légalité des actes particuliers s'apprécie à la date de leur émission et n'est pas affectée par les circonstances ultérieures », sauf exceptions étroitement délimitées. C'est qu'en effet l'acte particulier « relève d'une légalité statique, localisée dans le temps... Ce mode d'application du principe de légalité est essentiellement destiné à protéger les bénéficiaires des actes particuliers ».

Par contre, la modification de certains éléments intervenant dans la légalité d'un règlement peut affecter sa validité pour l'avenir et entraîner sa disparition. « A la différence de l'acte particulier, le règlement relève donc d'une conception dynamique de la légalité et le juge, s'il est conduit à apprécier la régularité du règlement, procédera à son examen en fonction des données actuelles de la légalité ».

Le Conseil d'Etat a donc créé, de sa propre autorité, deux modes d'application radicalement différents du principe de légalité, chacun d'eux se fondant sur les caractères propres des actes qu'il concerne. La généralité et la permanence de l'acte réglementaire engendrant pour lui un principe d'adaptation aux circonstances nouvelles (4).

La consécration de ce principe a une conséquence fort précise : « La solution qui résulte de la jurisprudence consiste dans l'établissement à la charge de l'Administration de l'obligation de procéder, sous le contrôle du juge, à une adaptation du règlement à la légalité nouvelle, c'est-à-dire, le cas échéant, de le modifier ou de l'abroger ».

3°) Une obligation aussi lourde n'a pu naître d'une conception aussi révolutionnaire sans prendre appui sur un certain nombre

(2) ODENT, *Cours de contentieux administratif* 1953.1954. p. 555 cité par J.M. AUBY, *op. cit.*, R.D.P. 1959.431.

(3) J.M. AUBY, *op. cit.*, R.D.P. 1959.431.

(4) Cf. *supra*, chapitre précédent.

de circonstances favorables à son introduction dans le droit positif.

Elle s'est d'abord imposée aux autorités municipales de police, c'est-à-dire dans un secteur où il est admis que le contrôle du juge est très étendu. Au surplus, elle a été accueillie favorablement car la majorité des arrêts concernaient les cérémonies extérieures du culte et s'inséraient dans une politique plus vaste de « pacification religieuse ». Mais tous ces motifs de politique jurisprudentielle n'ont plus qu'un intérêt historique. Ils expliquent les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat a introduit une théorie devenue impossible à récuser sur le plan de la logique juridique.

L'obligation d'abroger ou de modifier un règlement dans le cas où les circonstances qui ont pu le motiver légalement ont disparu, découle directement du principe d'adaptation déjà admis en droit positif. Il était donc difficile de récuser une solution qui n'était que la contrepartie logique d'une prérogative parfaitement consacrée.

Le principe d'adaptation de la réglementation avait entraîné la reconnaissance du principe de la mutabilité permanente des règlements, autrement dit l'octroi d'une prérogative importante à l'administration. En réalité, le processus historique était opposé : le principe d'adaptation n'a été invoqué que fort tardivement pour justifier une prérogative que la puissance publique s'était arrogée sans contestation depuis des temps immémoriaux. Quoi qu'il en soit, au début du XX^e siècle, le droit pour l'administration de modifier ou d'abroger un règlement se fondait sur la nécessité de l'adapter aux circonstances nouvelles sans qu'aucun intérêt particulier ne puisse justifier d'un droit à son maintien (Cf. C.E. 6 décembre 1907. Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres. L. 913 précité).

Dans l'exercice de cette prérogative, l'administration dispose d'une large marge de pouvoir discrétionnaire. Elle garde toute liberté d'appréciation des circonstances qui rendent opportune une adaptation de la réglementation. Mais inévitablement devaient apparaître un jour des hypothèses où l'adaptation devenait nécessaire au regard de la loi. Le passage du terrain de l'opportunité à celui de la légalité montrait l'ambivalence du principe d'adaptation : générateur de droits, il pouvait aussi donner naissance à des obligations symétriques.

Le mécanisme juridique est analogue : le changement des circonstances donne le droit à l'administration de modifier ou d'abroger son règlement pour en réaliser l'adaptation à la situation nouvelle ; il lui en donne en même temps l'obligation, s'il a pour effet de rendre l'acte illégal. Les deux principes sont complémentaires bien que leurs domaines d'application diffèrent quelque peu : la prérogative de l'administration, ne se heurtant à aucun droit acquis, peut être exercée pour des raisons de pure

opportunité alors que le juge ne peut imposer une obligation que pour un motif de droit.

La légitimité de la nouvelle jurisprudence ne pouvait être sérieusement contestée dès lors qu'en étaient acceptées les prémisses. En fait, elle a été admise sans controverses de principe. Seule sa mise en œuvre a soulevé quelques difficultés.

B. - LA PROCÉDURE JURIDICTIONNELLE SANCTIONNANT L'OBLIGATION D'ADAPTATION.

1°) « La difficulté consistait à trouver un moyen permettant au juge de connaître du règlement après expiration du délai et d'autre part de provoquer la modification ou l'abrogation du règlement pour l'avenir sans porter atteinte à ses effets antérieurs ».

La voie normale du recours en annulation n'offrait pas de réponse satisfaisante : les inconvénients de la permanence ou de la renaissance à toute époque du délai de recours l'emportaient largement sur les avantages, car la brièveté des délais est un facteur de sécurité et un recours direct aurait dû s'étendre à tous les moyens d'annulation, y compris toutes les illégalités qui pouvaient entacher l'acte dès l'origine. Le risque était trop grand d'assister à une contestation permanente et indéfiniment renouvelée des règlements. D'autre part l'effet rétroactif d'un jugement d'annulation était manifestement inadéquat pour sanctionner un acte par hypothèse légal à l'origine.

Le juge disposait d'un certain nombre de sanctions indirectes mais leur efficacité était réduite. Des règles procédurales anciennes lui indiquaient la voie où il devait s'engager mais ne lui permettaient pas de réaliser les objectifs voulus.

Ni l'exception d'illégalité, ni le recours en appréciation de validité ne pouvaient suffire ; ils établissaient une contestation permanente de la légalité des règlements et ouvraient ainsi la voie à une conception dynamique de leur légalité ; mais ils n'atteignaient pas l'acte lui-même et se bornaient à en écarter l'application.

2°) Le Conseil d'Etat s'est pourtant servi de ces instruments imparfaits pour dégager la solution de principe et ensuite pour indiquer aux requérants la technique procédurale qu'il avait élaboré.

Saisi de recours en appréciation de la validité d'arrêtés municipaux anciens prohibant les manifestations extérieures du culte, le Conseil d'Etat fonde ses décisions d'annulation sur une appréciation contemporaine des faits motivant l'interdiction. La permanence du contrôle de légalité débouche ainsi sur l'exigence d'une adaptation permanente à une légalité changeante. La solution traditionnelle (légalité au moment de l'émission de

l'acte) est écartée grâce à l'utilisation de procédures non moins traditionnelles (5).

La même voie est suivie peu de temps après le changement de solution au fond, pour indiquer aux requérants le moyen de la mettre en œuvre (C.E. 1^{er} mars 1929. Abbé Carletti. L. 254). La nouvelle procédure est consacrée dans l'arrêt du 10 janvier 1930. Despujol (L. 30 S. 1930.3.41 note Alibert D. 1930.3.16 note P.L.J.) qui rejette, lui, un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté municipal relatif à un sujet autre que ceux abordés jusqu'alors.

3°) La solution retenue est en fait double. D'une part il appartient à tout intéressé, dans le cas où les circonstances qui ont pu motiver légalement un règlement ont disparu, de saisir à toute époque l'administration d'une demande tendant à la modification ou à la suppression de ce règlement et de se pourvoir, le cas échéant, contre le refus ou le silence de l'administration. D'autre part, si le changement de circonstances consiste en une situation juridique nouvelle créée par une loi ultérieure, un recours pour excès de pouvoir est ouvert contre le règlement dans le délai de deux mois à partir de la publication de la loi nouvelle.

Le premier volet de la jurisprudence Despujol suppose que la technique juridique est parvenue à un haut degré de précision et de raffinement : l'admission d'un recours, non contre un acte, mais contre le refus, souvent implicite, de prendre un acte était quelque peu révolutionnaire ainsi que les conséquences qui en étaient tirées, l'annulation du refus valant obligation de modifier la réglementation.

Le second volet faisait appel à la technique classique du recours pour excès de pouvoir. Mais les conditions de son utilisation ont fait l'objet de vives critiques. Il aboutit en effet à une recouverture du délai de recours qui va à l'encontre de règles légales précises. Il n'indique pas comment s'exerce le pouvoir d'annulation du juge. Selon M. Auby, « si on admet — conformément aux principes — que le règlement est annulé rétroactivement, on aboutit à une solution inadmissible en pratique et qui, par ailleurs, donne à la loi ou au règlement nouveau un effet rétroactif qu'il ne comporte pas. Si on décide au contraire que l'annulation n'a d'effet que pour l'avenir, on attribue au juge un pouvoir d'abrogation des actes administratifs qui ne lui appartient normalement pas » (6).

La première critique est irréfutable. La seconde ne semble pas tenir compte d'une autre possibilité qui mérite d'être envisagée :

(5) C.E., 20 mai 1925, Abbé Pouzineau, L. 289.

C.E., 1^{er} juillet 1925, Abbé Vallez, L. 625.

AUBERT, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris 1937, p. 176. Cités par J.M. Auby, *op. cit.*, S. 1964.236.

(6) J.M. Auby, *op. cit.*, R.D.P. 1959.431.

l'effet du jugement d'annulation peut rétroagir jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle qui rend illégale le règlement. Non seulement cette solution sauvegarde les principes mais encore elle semble praticable. Elle répond en tout cas le problème de la validité du règlement entre la survenance de la loi nouvelle et son abrogation ou sa modification pour l'avenir par l'administration, problème que la jurisprudence actuelle laisse sans solution.

Quoi qu'il en soit, la solution de l'arrêt Despujol n'a jamais été appliquée et le Conseil d'Etat n'a pas eu pendant longtemps l'occasion d'explicitier l'évolution de ses conceptions que laissent pourtant pressager plusieurs arrêts. Les quelques arrêts relatifs à un changement de droit aboutissent tous à des rejets (C.E. 8 novembre 1950. Association diocésaine de Dax. L. 526) et très tôt cessent de faire allusion au délai de deux mois (C.E. 5 novembre 1943. La revue Leneveu. L. 244). La plupart évoquent en termes très vagues « les circonstances de fait ou de droit », semblant ainsi réunir en une seule les deux hypothèses.

Ces incertitudes sont levées à la suite d'une nouvelle série d'arrêts : l'arrêt du 3 octobre 1958, Caisse primaire de Sécurité Sociale de Haguenau (L. 471) indique la solution que confirme l'arrêt du 10 janvier 1964, Syndicat national des cadres des bibliothèques. La jurisprudence a précisé et généralisé l'obligation d'adapter la réglementation aux changements de circonstances. Ce faisant, elle a soulevé de nouvelles difficultés qui l'ont conduit à distinguer à côté d'une solution générale, une solution réservée aux matières économiques. Mais il semble bien que désormais l'essentiel des difficultés purement procédurales ait disparu, grâce à la généralisation de la technique du recours contre le refus de prendre une mesure d'adaptation.

§ 2. — L'obligation d'adapter la réglementation aux changements de circonstances dans le cas général.

L'arrêt syndicat national des cadres de bibliothèques a pour effet de lever toute ambiguïté sur le champ d'application de l'obligation d'adapter le règlement, sur les caractères que doit présenter le changement de circonstances, sur les délais et les effets du recours contre le refus d'adaptation.

A. - LES ACTES SOUMIS A L'OBLIGATION D'ADAPTATION.

Mis à part le domaine économique auquel s'applique une solution voisine mais plus restrictive, le changement des circonstances qui ont motivé légalement un acte crée une obligation d'adaptation qui s'étend à tous les règlements et seulement à eux.

En règle générale, la légalité des actes particuliers s'apprécie

à la date de leur émission et n'est pas affectée par un changement ultérieur de circonstances. Même lorsqu'il en va autrement, les intéressés ne reçoivent pas le droit d'obliger l'administration à adapter ses décisions. Ainsi, tous les actes qui ont pour objet essentiel la constatation de circonstances de fait se périment en cas de changement de circonstances. Les administrés peuvent s'opposer à leur utilisation dans une opération administrative mais ils ne peuvent réclamer directement l'édiction d'un nouvel acte (7).

Par contre, tous les règlements ont été progressivement soumis à l'obligation de s'adapter au changement de circonstances.

Successivement les arrêtés municipaux (C.E. 10 janvier 1930. Despujol S. 1930.341), préfectoraux (C.E. 1^{er} avril 1936. Syndicat des épiciers détaillants de Toulon L. 435), ministériels (C.E. 12 février 1956. Société Roger Guinet. L. 97) ont été contrôlés par le juge. Les arrêts de 1964 ont étendu la solution aux décrets et aux R.A.P.

Le terrain d'élection de la théorie a été trouvé dans les règlements de police qui ne peuvent restreindre les libertés individuelles que dans la mesure rendue nécessaire par les circonstances locales. Par des glissements successifs, elle s'est appliquée à toutes les matières, bien que, pendant longtemps, les seuls arrêtés d'annulation aient concerné les arrêtés municipaux de police et les arrêtés préfectoraux d'application de la loi sur le repos hebdomadaire (CE 23 mars 1938. Lemeure. L. 874). Mais le recours a été déclaré recevable à propos d'arrêtés d'exécution des lois (CE 29 décembre 1946. Dlle Sorbat L. 442), de mesures prises sur habilitation législative (CE 12 février 1954. Société Roger Grima. L. 97), ou enfin des mesures d'organisation du service (CE 3 octobre 1958. Caisse Primaire de Sécurité Sociale de Haguenau. L. 471. Pour un cas particulier). Les arrêts reconnaissant l'obligation de procéder à une adaptation, en dehors des hypothèses initiales, sont plus récents, mais comme le souligne Mme Questiaux, commissaire du Gouvernement, l'évolution a été facilitée par une longue série de rejets (CE 10 janvier 1964. Syndicat national des cadres des bibliothèques. CE 2 novembre 1962. Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon. AJDA 1963.307).

Au terme de cette évolution, il apparaît clairement que l'obligation de s'adapter au changement de circonstances régit la totalité du pouvoir réglementaire. Il s'agit bien d'une théorie propre à l'exercice de ce pouvoir et fondée sur la nature des actes réglementaires.

(7) Auby, *La procédure administrative non contentieuse*, D. 1956, chr. VIII. Auby, *Le régime juridique des avis dans la procédure administrative*, A.J.D.A. 1956.53.

B - LE CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES CRÉANT UNE OBLIGATION LÉGALE D'ADAPTATION

1°) Le juge ne peut imposer à l'Administration que le respect de conditions légales. Un changement qui se borne à rendre inopportun le maintien d'une réglementation donnée à l'Administration le droit, mais non le devoir, de procéder à une adaptation.

En second lieu, la conception dynamique de la légalité ne vaut pas pour tous ses éléments. Si l'on prend la liste classique des moyens du recours pour excès de pouvoir, elle ne vaut que pour le moyen tiré de la violation de la loi. L'incompétence, vice de forme et de procédure, détournement de pouvoir ne peuvent être invoqués. Pour des raisons évidentes, ces aspects de la légalité d'un acte ne peuvent être affectés par des changements de circonstances et doivent être appréciés en fonction du droit en vigueur lors de l'émission de l'acte. Le juge ne peut en connaître qu'à l'occasion d'un recours direct enserré dans des règles strictes de délais ou d'une exception d'illégalité.

La violation de la loi qui entache initialement un règlement est soumise au même régime contentieux (CE 16 octobre 1957. Union foraine jurassienne. L. 529). Le juge se refuse, en effet, à établir la permanence d'un contrôle direct de légalité (8).

Seule, la violation de la loi entraînée par un changement de circonstances peut fonder un recours contre un refus d'adaptation. Ce recours étant soumis, directement ou non, à des règles de délais, il n'établit pas un droit de recours perpétuel comme les premiers commentateurs ont pu le croire.

La violation de la loi est une catégorie résiduelle fort vaste. Au sens strict, elle consiste en ce que l'objet de l'acte est contraire à une règle de droit supérieure. Au sens large, elle se complète de l'illégalité des motifs de l'acte, c'est-à-dire de la situation objective de droit ou de fait qui fonde l'acte. Le principe d'adaptation concerne ces deux hypothèses qui, seules,

(8) Cette solution qui s'appuie sur d'incontestables arguments légaux n'a d'inconvénients que parce que d'un autre côté, le juge n'impose à l'administration aucune obligation de mettre fin à l'illégalité qu'elle a commise.

Cf. J.M. Auby, *L'obligation pour l'administration de mettre fin à une situation illégale créée par un particulier ou par elle-même*. Note sous C.E., 2 décembre 1960. Dame LEFRANC, D. 1962.6.

En l'état actuel du droit, il incombe à l'administration « de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif ». (C.E., 14 novembre 1958, Ponard L. 554). Les règles du retrait sont les mêmes que pour les actes particuliers, c'est-à-dire enserrées dans des délais assez brefs. Il est illégal de rapporter rétroactivement un acte réglementaire inapplicable parce qu'il est lui-même illégal. Enfin, l'administration a le droit, mais non l'obligation, d'abroger pour l'avenir un tel acte (C.E., 6 novembre 1959, Coopérative laitière de Belfort L. 551). Ces solutions sont bien établies; elles ont pour résultat de laisser subsister des actes dont l'application peut être paralysée à tout instant.

peuvent se trouver affectées par un changement de circonstances de fait au de droit.

2°) Lorsque certaines *circonstances de fait* sont le motif légalement exigé d'un règlement, leur changement ou leur disparition affectent la légalité de l'acte en le privant de son motif pour l'avenir. L'intensité du contrôle juridictionnel sur l'existence, la qualification et la valeur du motif diffère selon les matières, mais ne change pas selon l'époque du contrôle. Les solutions appliquées au contrôle de la légalité initiale du motif se retrouvent intégralement valables pour le contrôle de l'adaptation au changement.

La jurisprudence Despujol a fleuri en matière de police municipale, précisément parce qu'en ce domaine le contrôle des motifs par le juge est très poussé. Mais le plus souvent, la loi ne fixe pas de motifs précis à l'exercice du pouvoir réglementaire, ce qui réduit d'autant l'obligation d'adaptation. Chaque fois qu'elle le fait, l'obligation réapparaît.

La théorie des circonstances exceptionnelles mérite d'être signalée. L'existence d'une situation exceptionnelle est le motif nécessaire des mesures d'exception. Le retour aux circonstances normales leur fait perdre leur validité et un règlement ne peut plus recevoir application (CE 16 avril 1948. Langier. L 161). Assez curieusement, la jurisprudence Despujol n'a jamais eu l'occasion de s'appliquer dans de tels cas mais il ne semble pas douteux qu'elle puisse le faire.

Un changement des circonstances de fait peut, plus rarement, entraîner un cas de « violation de la loi ». « Cette hypothèse, qui est suggérée par l'arrêt du Ministre de l'Agriculture contre Simmonet, se rencontre par exemple lorsque les destinataires du règlement se trouvent, du fait des circonstances nouvelles, dans une situation nouvelle au regard du règlement ; celui-ci peut être considéré alors comme illégal, en vertu du principe d'égalité devant la règle de droit » (9).

3°) Le changement des *circonstances de droit* a normalement des effets analogues mais dont l'importance respective diffère. L'effet sur les motifs de droit reste faible alors que l'objet du règlement peut fréquemment devenir illégal. Cela s'explique en partie par l'existence de différents types de relations entre les actes juridiques.

Le changement dans la règle de droit en application de laquelle a été pris l'acte considéré peut avoir pour effet de priver ce dernier de sa base légale, c'est-à-dire de son motif de droit. Mais l'Administration n'a pas à intervenir pour abroger ou modifier son règlement ; soit le texte principal en a prévu le sort en l'abrogeant ou en invitant l'Administration à le modifier, soit le juge le considère comme implicitement abrogé ou le déclare caduc de plein droit (CE 6 mai 1961. Ruais. L 299).

(9) Auby, *op. cit.*, S. 1964.236.

La disparition de la base légale ouvre donc rarement droit à exercer un recours tendant à l'abrogation ou à la modification d'un règlement. L'étroitesse du lien d'exécution justifie le plus souvent une solution plus radicale. Le problème ne se pose qu'en cas de modification partielle de la règle principale n'excluant pas le maintien en vigueur de la règle d'exécution. Les dispositions incompatibles avec la règle nouvelle doivent seules disparaître, mais on se trouve alors dans un cas de violation de la loi.

Dans l'hypothèse qui vient d'être évoquée et dans l'hypothèse où une modification intervient dans les règles de droit autres que celle dont l'acte constitue une application, la nécessité d'une adaptation se fonde sur une violation de la loi. Il y a contradiction entre la situation juridique nouvelle créée par le texte supérieur et les dispositions du règlement ancien.

La différence de valeur juridique entre les deux actes oblige l'administration à adapter l'acte inférieur à la situation nouvelle, mais cette adaptation ne peut être automatique car il n'y a pas de lien évident entre les deux actes (statut législatif d'une liberté publique et règlement de police, loi de principe et règlement autonome de mise en œuvre, textes pris sur deux sujets distincts mais se recoupant partiellement...).

La procédure de recours contre le refus d'adaptation a alors pour objet et pour effet de faire constater par le juge l'existence d'une incompatibilité entre le règlement et la situation juridique nouvelle.

4°) Certains arrêts avaient exigé, en outre, que le changement intervenu soit « important » (CE 24 juin 1938. Chambre de commerce de Dakar. L 578. CE 12 février 1954. Société Roger Grima. L 97). La plupart n'avaient posé aucune condition de cet ordre.

Une conception encore plus restrictive a prévalu en matière économique mais, malgré l'opinion de M. Waline, il semble bien que cette exigence supplémentaire ne soit plus formulée dans le cas général. En réalité, le juge ne peut manquer d'exiger que le changement dans les circonstances de fait soit incontestable, mais il se situe alors sur le terrain de la preuve.

C - LES DÉLAIS DU RECOURS

L'arrêt de 1964 reprend la distinction ancienne entre circonstances de fait et circonstances de droit.

Dans le premier cas, les intéressés peuvent, à toute époque, demander à l'autorité compétente d'adapter son règlement et il leur appartient de saisir le juge dans le délai normal d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus ou le silence de l'administration.

L'absence de délai pour formuler une réclamation résulte de l'impossibilité de déterminer avec précision la date à partir de

laquelle les circonstances nouvelles se sont établies. La possibilité d'attaquer la légalité du règlement ne peut donc être limitée. Il faut cependant admettre qu'elle n'existe que pendant le temps où cette situation se maintient : le requérant doit se fonder sur une situation actuelle, produisant encore ses effets (10).

Lorsque l'illégalité résulte de l'intervention d'un nouveau texte, le début des circonstances nouvelles peut être exactement déterminé : « le point de départ du délai imparti aux intéressés pour demander à l'autorité compétente de modifier ou d'abroger (le) règlement doit être fixé à la date de publication de la loi qui a créé la situation juridique nouvelle ayant entraîné l'illégalité du règlement » (CE 10 janvier 1964. Syndicat national des cadres des bibliothèques, précité). Ce délai est de deux mois dans les conditions ordinaires.

Cette exigence, formulée par la jurisprudence en dehors de tout texte, rejoint les solutions ordinaires en matière de délai et se justifie de la même façon. Elle n'exclut donc pas les moyens indirects de contester la légalité d'un règlement. Le recours en appréciation de validité et l'exception d'illégalité restent donc possibles à toute époque, qu'il se fonde sur une nullité initiale ou sur une nullité due à un changement de circonstances.

D - LES EFFETS DU RECOURS

Le Conseil d'Etat a abandonné la formule de l'arrêt Despujol. Il a « adopté une solution qui sous la réserve du délai, est la même pour le changement dans les circonstances de fait et dans les circonstances de droit » (11). En cas de rejet implicite ou explicite de la demande formulée par un intéressé, ce dernier peut se pourvoir devant le juge dans les conditions de droit commun.

Le juge établit si le refus de l'administration était licite ou non. Selon le cas, il le maintient ou l'annule. Une décision d'annulation « implique nettement l'obligation pour l'Administration d'abroger le règlement illégal ou de le modifier pour le rendre conforme à la légalité » (11).

« Cette solution contraste avec la solution assez fâcheuse suivant laquelle il n'existe aucune obligation pour l'Administration d'abroger un règlement entaché dès son émission d'une illégalité » (11). Il faut cependant tenir compte de ce que l'obligation imposée à l'Administration ne fait que compenser l'abandon par le juge de son pouvoir d'annulation. L'Administration n'a nullement l'obligation d'abroger un règlement devenu illégal

(10) On ne peut absolument exclure l'hypothèse d'un retour à la normale rendant au règlement son motif légal. Si le recours est toujours ouvert, un moyen déterminé ne peut être perpétuellement invoqué.

(11) *Auxy, op. cit.*, S. 1964.236. cf. la note de la page 473.

mais qui n'a pas fait l'objet d'un recours dans les délais. Il n'y a de véritable différence que dans le cas, à vrai dire fort important, de changement de la situation de fait. Dans ce cas, la disparition de la condition de délai laisse pratiquement la possibilité de faire tomber à tout moment un règlement devenu illégal.

Comment l'Administration doit-elle s'acquitter de l'obligation mise à sa charge par un juge qui non seulement n'émet pas d'injonction mais encore ne pratique qu'une censure indirecte ? Le principal mérite du détour procédural inventé par le juge est de laisser à l'Administration le choix des moyens pour rendre ses actes conformes à la légalité.

Elle peut choisir entre abrogation et modification du règlement devenu illégal. Elle n'est qu'exceptionnellement soumise à une obligation positive : par exemple, elle est tenue de reprendre un règlement d'application d'une loi lorsque cette dernière l'y invite expressément ou que l'existence du règlement est indispensable à l'exécution de la loi. Mais ce n'est pas le juge qui édicte cette obligation.

Il laisse même à l'Administration la liberté d'édicter les dispositions, légales bien sûr, qu'elle juge le plus opportune pour remplir son obligation d'adaptation. Seule la fin est assignée.

Conformément aux principes classiques, cette adaptation n'intervient que pour l'avenir et l'Administration dispose d'une certaine latitude de temps pour la réaliser.

Cette observation qui semble s'imposer naturellement soulève pourtant quelques difficultés. Si cette solution est adoptée, elle implique qu'un délai, parfois long, sépare la survenance de la situation nouvelle et l'édiction d'une mesure d'adaptation.

Les inconvénients n'en sont pas très graves en cas de changements dans les circonstances de fait. En effet, ces changements surviennent le plus souvent de façon graduelle et l'apparition d'une illégalité est très progressive. On peut estimer en pratique que le jugement marque le seuil de rupture entre l'égalité et illégalité et que la modification du règlement ne s'impose que pour l'avenir, à dater de ce jugement.

Le problème est plus complexe en ce qui concerne le changement dans les circonstances de droit. Deux situations distinctes peuvent être envisagées par rapport à la date du jugement : une première période s'écoule entre la survenance de la situation juridique nouvelle qui provoque l'illégalité du règlement et la constatation de cette illégalité par le juge. Une seconde période d'incertitude s'ouvre à ce moment-là jusqu'à ce que l'Administration ait rétabli la légalité en modifiant ou abrogeant son acte.

Si l'on admet que cette mesure n'a d'effet que pour l'avenir, quel va être le sort du règlement devenu puis reconnu illégal mais maintenu en vigueur jusqu'à sa disparition ? Les règles normales du contentieux permettent de lui interdire toute possi-

bilité d'application grâce notamment à l'exception d'illégalité ou au jeu de la responsabilité pour faute.

Des difficultés inextricables résultant du maintien artificiel en vie de règlements insusceptibles d'application. On a déjà vu qu'elles existent à propos de la légalité initiale d'un acte. Il semble inutile de les transposer dans une nouvelle hypothèse (de toute façon elles subsistent si les intéressés laissent périmer le délai de recours ouvert après la survenance de la situation juridique nouvelle). Mais il reste à trouver un moyen technique de les éviter.

La solution la plus simple à première vue est celle que le Conseil d'Etat a d'abord songé à utiliser : le recours est porté directement contre le règlement devenu illégal. Dans ce cas, le jugement d'annulation a un effet rétroactif. Il suffit d'admettre qu'il ne rétroagit que jusqu'à la date où est apparue l'illégalité. L'Administration aurait alors tiré les conséquences de droit de cette annulation selon les règles ordinaires. Cette solution qui aurait pu être tirée de l'arrêt Despujol n'a jamais vu le jour (12).

La décision juridictionnelle ne porte donc que sur le refus de prendre une mesure d'adaptation. Comment l'Administration va-t-elle l'exécuter ? Si elle n'adapte son règlement que pour l'avenir, elle risque de rencontrer les difficultés que nous venons de noter. N'est-on pas alors conduit à la solution suivante ? Le respect de l'autorité de la chose jugée autorise, le cas échéant, l'Administration à retirer rétroactivement son acte. Le principe de non-rétroactivité n'est pas en effet intangible au point d'aboutir à des conséquences absurdes. La rétroactivité des mesures d'exécution d'un jugement est admise sans difficultés par la doctrine comme par la pratique administrative. Seule, la lettre et non l'esprit dénie un caractère rétroactif à l'annulation d'un refus de prendre une mesure d'adaptation.

Si ce point peut être admis sans trop de mal, il reste à préciser jusqu'où peut remonter l'effet de la mesure d'adaptation. La date où l'illégalité du règlement survient paraît plus judicieuse que celle à laquelle l'illégalité est reconnue par le juge.

Un tel correctif ne heurte aucun principe reçu de notre droit public. Il semble, au contraire, nécessaire à la réparation de l'illégalité commise. Son importance pratique ne peut d'ailleurs être très grande sauf dans des cas exceptionnels.

Sous réserve de quelques incertitudes, la théorie est bien fixée depuis les arrêts de 1964. Mais son application à l'ensemble du pouvoir réglementaire a fait apparaître le besoin d'une solution particulière à certaines matières.

(12) Cf. paragraphe précédent.

§ 3. — *L'obligation d'adapter la réglementation aux changements de circonstances en matière économique*

L'obligation d'adapter la réglementation est, en matière économique, la même qu'ailleurs. Elle se fonde sur la même conception théorique et produit les mêmes effets en ayant recours à la même procédure contentieuse. Mais les caractères propres à la matière envisagée ont poussé le Conseil d'Etat à exiger des conditions plus strictes pour reconnaître l'influence d'un changement des circonstances sur la validité d'un règlement.

A - LES RAISONS D'UNE SOLUTION PARTICULIÈRE

Elles ont été indiquées par le commissaire du Gouvernement Braibant dans l'affaire *Ministre de l'Agriculture contre Simonnet et le Conseil d'Etat*, aussi bien que tous les commentateurs de cet arrêté, en ont reconnu le bien-fondé.

Elles peuvent être resumées ainsi : la sensibilité de la conjoncture et la fréquence des changements de circonstances sont en matière économique plus accentuées qu'ailleurs. L'instabilité de la réglementation provoquée par une obligation trop poussée d'adaptation serait fâcheuse. Les circonstances sur lesquelles se fondent la réglementation économique sont d'autant plus imprécises que l'Administration obtient généralement de très larges et très vagues délégations de pouvoirs. La réticence du juge à en apprécier l'incidence se justifie non par son incompétence de profane, mais par la crainte de glisser sur le terrain du jugement d'opportunité : le moindre faux-pas risque de placer le juge dans une situation d'autant plus inconfortable qu'il s'interpose entre des parties puissantes comme le Gouvernement responsable de la politique économique et des groupes de pression bien organisés.

L'exigence d'un changement important avait été formulée dans le passé mais de façon assez imprécise (CE 12 février 1954. *Société Roger Grima*, précité). Elle est reprise et accentuée en matière économique, abandonnée dans les autres domaines en 1964.

B - LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DE L'OBLIGATION D'ADAPTATION

Le commissaire du Gouvernement Braibant en proposait trois : il faut, en premier lieu, que les changements soient importants. Il faut ensuite qu'ils aient entraîné des conséquences juridiques. Il faut enfin que le Gouvernement conserve le libre choix des moyens pour adapter son règlement.

La troisième condition n'est pas propre au domaine économique puisqu'elle existe, nous l'avons vu, dans le cas général. La seconde est ambiguë et imprécise. S'il s'agit de conséquences

juridiques quelconques, elle s'impose dans tous les cas car le juge ne peut tenir compte que d'éléments juridiques. Seule, la première condition est réellement spécifique, encore est-elle volontairement vague pour ne pas limiter la liberté d'appréciation du juge.

Le Conseil d'Etat a écarté ces propositions pour leur en substituer de plus originales et de plus rigoureuses. La faculté de réclamer une adaptation « doit, en matière économique, être limitée au cas où le changement des circonstances dans lesquelles la disposition litigieuse trouvait sa base légale a revêtu, pour des causes indépendantes de la volonté des intéressés, le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique ».

L'atteinte à la base légale du règlement est une condition générale. Les autres sont propres à la matière. Trois s'inspirent de la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs : un changement qui revête le caractère d'un bouleversement et qui ait pour origine des causes indépendantes de la volonté des intéressés, afin d'éviter que ces derniers puissent provoquer eux-mêmes les modifications de la réglementation qu'ils souhaitent, enfin un bouleversement qui n'ait pu être prévu par l'auteur de la mesure. La dernière condition est nouvelle quant au fond. Comme dans le cas général, le changement de circonstances doit entraîner une disparition du motif légal ou une violation de la loi.

Il existe donc, en définitive, trois conditions particulières à la matière économique. Toutes les trois sont empruntées à la théorie de l'imprévision et ont pour effet de laisser au Gouvernement un pouvoir discrétionnaire très étendu.

Bien que le Conseil d'Etat ne le précise pas, il semble bien que ces conditions ne soient exigées qu'en cas de changement dans les circonstances de fait. Il serait, en effet, inadmissible qu'un règlement directement contraire à un texte supérieur puisse être maintenu pour quelque raison que ce soit. Au surplus, les termes employés par le Conseil d'Etat ne s'appliquent guère qu'à des éléments de fait.

Le Conseil d'Etat se montre extrêmement prudent, faute de pouvoir déterminer avec certitude les conséquences de la théorie qu'il vient de réaffirmer. Une vingtaine d'arrêts en trente ans, dont deux seulement en matière économique, ne constituent pas une base suffisante pour mesurer les orientations futures. Il n'est pas impossible que le Conseil d'Etat revienne ultérieurement sur sa sévérité initiale et ne soumette tous les règlements à un régime analogue sinon identique : les différences concrètes de situation suffisent peut-être pour justifier des solutions d'espèce différentes bien que se fondant sur une même théorie. Le maintien de deux séries de conditions distinctes obligerait à préciser leur

domaine d'application respectif. Faute de pouvoir définir avec précision ce que l'on entend par domaine économique, un certain rapprochement est nécessaire.

Section II. — L'obligation d'édicter une réglementation.

L'obligation d'adapter un règlement à un changement de situation a été admise facilement malgré son caractère révolutionnaire sur le plan théorique. Par contre, l'idée qu'une situation donnée, de fait ou de droit, peut créer à la charge de l'Administration l'obligation d'édicter un règlement a eu beaucoup plus de mal à s'implanter.

On s'aperçoit pourtant que les deux hypothèses sont assez voisines. Le principe d'adaptation de la réglementation régit l'une comme l'autre, qu'il soit envisagé dans le déroulement du temps ou de manière statique. La seconde hypothèse pourrait même sembler plus facile à intégrer dans une théorie classique de la légalité, en raison de son caractère statique.

Nous avons vu pourquoi la jurisprudence Despujol s'est constituée la première. Une raison de ce succès peut être un peu plus explicitée : le juge se borne à établir l'illégalité d'un règlement au regard d'une situation nouvelle et il invite son auteur à en tirer les conséquences de droit. Il ne lui impose qu'une obligation en quelque sorte négative, celle de mettre fin à l'illégalité par le moyen légal de son choix (13). Son attitude n'est pas très différente de celle qu'il adopte dans le contrôle ordinaire de légalité. Au contraire, contraindre l'Administration à édicter un règlement, c'est lui imposer une façon d'agir, mettre à sa charge une obligation positive, en bref, lui adresser une injonction dans un domaine où son pouvoir discrétionnaire devrait être particulièrement étendu (14).

L'obstacle a longtemps été décisif. Il a même empêché de poser le problème dans des termes corrects. Il doit être écarté et l'analyse doit être reprise sur d'autres bases : il apparaît alors que, dans certaines hypothèses, l'Administration peut être légalement tenue d'adopter telle ou telle décision et, notamment, d'édicter un règlement. Lorsqu'une obligation de ce genre résulte de principes juridiques consacrés, une sanction juridictionnelle doit lui être reconnue.

L'évolution historique du problème doit être rapidement retracée pour mieux comprendre les données actuelles de la jurisprudence. La troisième étape consistera à chercher la significa-

(13) Cf. l'analyse de MONTAIGNE DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Thèse Paris 1950, pp. 141 et sq.

(14) L'obligation d'édicter un acte particulier a pu s'imposer plus tôt en raison du droit reconnu à un particulier d'obtenir un acte pris dans l'exercice d'une compétence liée.

tion générale de ces solutions particulières. L'obligation de réglementer peut-elle être érigée en principe autonome ou n'est-elle qu'un aspect d'une obligation plus vaste ?

§ 1. — L'évolution historique du problème doctrinal

Comme la théorie précédente, la jurisprudence relative à l'édition obligatoire d'un règlement se heurte à deux séries d'obstacles. Les premiers sont d'ordre théorique et se fondent avant tout sur le fait que le juge méconnaît le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Une meilleure analyse de cette notion devrait assouplir les conceptions. Reste l'argument des difficultés de procédure : pour des raisons à la fois pratiques et techniques, la sanction juridictionnelle fait défaut. Sur ce point, le Conseil d'Etat s'attache à prouver le mouvent en marchant.

L'interpénétration de ces divers problèmes est d'autant plus forte qu'ils se posent simultanément et ne sont pas tous résolus. La jurisprudence est en pleine évolution, mais le centre d'intérêt se déplace incontestablement du plan théorique au plan procédural.

A - LES PROBLÈMES THÉORIQUES

La doctrine a examiné le problème sous l'angle théorique longtemps avant que le juge ait eu l'occasion de le rencontrer. Les réponses, partielles, qui lui ont été apportées ont certainement contribué à retarder l'évolution jurisprudentielle. Elles reposent moins sur des arguments solides que sur une timidité ou une inaptitude à concevoir les exigences de l'état de droit. Mais elles n'en sont que plus contraignantes car elles ont alors la force quasi-invincible des préjugés indéracinables. Seule, l'évolution générale des mœurs et des institutions a pu en affaiblir l'autorité. De nouvelles conceptions doctrinales ont été reçues en même temps que la jurisprudence prenait position en faveur de l'extension de son contrôle.

1°) Le caractère politique ou juridique de l'obligation

En raison des règles constitutionnelles et de l'état des idées, l'obligation d'édicter un règlement se posait surtout en termes d'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois (15). Les pouvoirs réglementaires autonomes étaient faibles et mal connus et les compétences des autorités secondaires étaient soumises à un contrôle hiérarchique ou de tutelle très serré. Le problème n'avait donc d'intérêt véritable qu'au niveau gouvernemental.

La plupart des auteurs ont nié que le Gouvernement fût tenu de prendre un règlement d'application des lois. Duguit est certainement l'un des plus catégoriques : « Cette compétence régle-

(15) J.M. AUBY, *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois*, J.C.P. 1953.1.1080.

mentaire du chef de l'Etat étant déterminée par la Constitution, il ne peut appartenir à l'organe législatif ordinaire de la modifier en quoi que ce soit » (16). L'invitation du législateur à prendre un règlement n'a donc aucune portée juridique. « Finalement, je crois que la seule conséquence que l'on puisse rattacher à la disposition législative chargeant le Gouvernement de faire un R.A.P.... c'est que de ce fait il résulte que la mise en application de la loi doit être retardée jusqu'à publication du règlement ainsi annoncé » (17). Sinon l'invitation serait complètement inutile.

Les autres chefs de file de « l'époque classique » ont pris des positions différentes, Carré de Malberg a défendu le droit d'injonction de la loi en se fondant sur l'inégale puissance des organes législatif et exécutif (18). Hauriou admet au contraire qu'il n'y a aucune obligation d'aucune sorte (19). Son affirmation repose sur l'idée de la primauté politique de l'Exécutif et de son hétérolimitation par la loi.

Mais la très grande majorité des auteurs se rallient à des conceptions analogues à celles de Duguit. L'invitation du législateur n'est pas absolument contraignante et, en tout cas, l'exercice spontané du pouvoir d'exécution des lois est entièrement discrétionnaire (20).

Pour tous, comme l'a souligné M. Auby, l'obligation gouvernementale ne peut avoir d'autres sources qu'une injonction du législateur. En effet, la doctrine se place uniquement au point de vue des rapports du législatif et de l'exécutif. La solution est dictée par la théorie classique du régime parlementaire : les rapports entre les pouvoirs publics sont de nature politique. Selon que l'on admet ou non le droit d'injonction du Parlement (21), le Gouvernement est tenu ou non d'appliquer la loi,

(16) DUGUIT, *Traité*, 2^e éd., IV, § 47, p. 698 et sq.

(17) DUGUIT, *Traité*, 2^e éd., IV, § 47, p. 698 et sq.

(18) CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale*, I, n° 201 et sq. n° 215.

(19) HAURIOU, *Précis*, 6^e éd., p. 309.

Note sous C.E., 6 décembre 1907, Compagnie des chemins de fer de l'Est, S. 1908.3.1.

(20) Bibliographie citée par M. AUBY, article précité :

BERTHELEMY, *Revue politique et parlementaire* t. XV 324.

CAHEN, *La loi et le règlement*, Thèse Paris 1903.301.

DEAMME, *Du pouvoir réglementaire*. *Revue générale d'administration* 1892. III.261.

MOREAU, *Le règlement administratif* 1902.149.

GASQUET, *La nature juridique du R.A.P.* Thèse Paris 1912. pp. 86 et 106.

JEZE, R.D.P. 1908-48.

TARDIEU, conclusions sous C.E., 6 décembre 1907. Chemins de fer de l'Est, S. 1908.3.3.

JOSEPH-BARTHELEMY, *L'obligation de faire en droit public*. R.D.P. 1912.510. Répertoire Dalloz, V^e Règlement administratif, n° 23.

HERZOG, *La loi et le R.A.P.* R.D.P. 1933.647.

(21) Cf. *supra* II^e partie, titre I, chap. II, pour le débat entre DUGUIT et CARRÉ DE MALBERG.

mais l'obligation, si elle existe, est exclusivement politique et la seule sanction possible est la mise en jeu de la responsabilité ministérielle. Qu'ils aient confiance ou non dans le contrôle parlementaire (et Moreau a raison d'affirmer qu'un tel manquement ne provoque jamais à lui seul la chute d'un cabinet), les auteurs classiques ne peuvent s'évader de la conclusion logique tirée de ces prémisses.

La question ne pouvait être renouvelée qu'en changeant complètement de perspective. C'est à cette réorientation que se livre M. Auby dans son article déjà cité. Le terrain qu'il choisit est celui des fonctions constitutionnelles du Gouvernement. Dans un régime de droit, une compétence ne crée pas seulement des droits, elle implique aussi des devoirs. La distinction traditionnelle des autorités délibérantes et des autorités exécutives n'a de sens que si la fonction d'exécution présente un caractère obligatoire. Sinon le pouvoir délibérant n'aurait plus qu'un caractère consultatif. Il est donc légitime de conclure à l'existence d'une obligation juridique d'exécuter les lois.

Cette analyse pose sur le plan théorique le problème comme la jurisprudence est obligée de l'aborder dans les cas d'espèces. Les particuliers ont le droit d'obtenir le bénéfice d'une loi régulièrement entrée en vigueur sinon la loi serait dénuée de force obligatoire. Le gouvernement, en vertu de sa mission constitutionnelle, a donc l'obligation juridique de la leur appliquer, au besoin en prenant des règlements d'exécution. Il n'existe aucune raison de refuser le caractère juridique d'une telle compétence (22). Le seul problème reste alors de mettre au point des voies de droit pour que les particuliers puissent en obtenir le respect.

2°) Le pouvoir discrétionnaire ou la compétence liée de l'Administration

L'argument du pouvoir discrétionnaire de l'Administration constitue alors un autre obstacle théorique, de portée générale, qui a longtemps arrêté la doctrine.

La théorie de l'obligation exclusivement politique d'exécuter les lois n'en est au fond qu'une forme extrême. M. Auby a souligné cette tendance assez rare dans la pensée juridique française à faire prédominer les nécessités de l'action gouvernementale sur les exigences de la légalité. D'une part, les auteurs invoquent la nécessité pratique de laisser à l'Administration une grande liberté d'action. D'autre part, ils ne voient dans le principe de légalité qu'une hétérolimitation de l'Administration, pour reprendre les termes d'Hauriou.

(22) L'argument est encore plus valable en cas d'abandon du régime parlementaire. En régime présidentiel, l'obligation est juridique ou elle n'est pas, puisque la responsabilité politique du Gouvernement n'existe pas. Or, le régime politique de la France s'oriente sinon vers la disparition de la responsabilité politique des ministres devant les chambres, du moins vers la suprématie d'un Président irresponsable.

L'idée persistante que la réglementation se situe en dehors de la sphère des droits et intérêts individuels entraîne celle que l'exercice du pouvoir réglementaire est purement discrétionnaire. La seule limite légale se trouve dans le respect des dispositions législatives en vigueur et les administrés n'ont aucune prise sur l'exercice par l'Administration de ses compétences.

L'école de Bordeaux pousse la thèse à l'extrême en se fondant sur la nature matériellement législative du règlement. Selon Bonnard, « si l'on se souvient que l'autorité législative est pleinement souveraine dans l'exercice de sa fonction, il faut en dire autant des autorités administratives qui, alors, sont extrêmement libres d'émettre ou de ne pas émettre une réglementation initiale puisque l'initiative de la loi se confond avec celle des règlements dans la mesure où ces deux actes disposent par voie générale » (23).

De façon moins dogmatique, M. Montané de la Roque affirme que « si le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est total en ce qui concerne sa fonction de compléter les lois, *a fortiori*, il l'est également lorsque de son propre mouvement dans la limite de sa compétence, l'Administration établit une réglementation » (24).

« L'élaboration d'une réglementation générale et initiale est une question d'opportunité que le juge ne doit pas apprécier » (25). M. Montané de la Roque résume ainsi l'état du droit positif. M. Teitgen arrive à une conclusion analogue en matière de police (26). M. Fenet qui est le seul auteur d'avant-guerre à proclamer « l'obligation juridique de faire le règlement prévu par la loi » admet implicitement que l'édiction d'un règlement autonome est discrétionnaire faute de base juridique pour asseoir une obligation (27).

Pour les tenants de l'école de Bordeaux, la liberté du pouvoir réglementaire est analogue à celle du pouvoir législatif et elle est plus large que le pouvoir discrétionnaire rencontré dans les actes particuliers (28). Pour la majorité de la doctrine, le pouvoir discrétionnaire est plus étendu dans les règlements du fait que « leur caractère même de généralité exclut tout intérêt personnel parce que non exclusif » (29). Les deux thèses aboutissent en fait à des résultats identiques.

Elles n'ont pas été rejetées mais se sont effritées progressivement devant l'extension progressive du contrôle juridictionnel.

(23) BONNARD, *Précis* 2^e éd., p. 28.

(24) MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Thèse Paris 1950.

(25) MONTANÉ DE LA ROQUE, *ibid.*, p. 137.

(26) TEITGEN, *La police municipale*, Thèse Nancy, 1934-501.

(27) FENET, *Le règlement préalable à la décision individuelle*, Thèse Dijon 1937, pp. 70 et sq.

(28) Pour un énoncé récent de cette thèse cf. STASSINOPoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 144.

(29) MONTANÉ DE LA ROQUE, *op. cit.*, p. 130.

Cette dernière a été rendue possible par une nouvelle interprétation des notions de pouvoir discrétionnaire et de compétence liée. Toute conception transcendante de l'opportunité est abandonnée au profit d'une dynamique du pouvoir discrétionnaire qui dépend de l'interprétation qu'en donne le juge. « Le pouvoir discrétionnaire est finalement soumis au pouvoir discrétionnaire du juge » (30).

Paradoxalement, M. Montané de la Roque a été le principal artisan de cette évolution sur le sujet qui nous intéresse. Bien que sa thèse consacre en somme un « droit à l'inertie » des pouvoirs publics, son raisonnement est très empirique : « On ne discutera pas sur la nécessité en tant que telle de l'obéissance à une règle... A cela, il n'est pas de solution générale... Du pouvoir discrétionnaire total à la compétence liée totale, il existe toute une gamme de situations qui exigent chacune un examen spécial et des solutions spéciales » (31). Ses conclusions reflètent l'état d'un droit positif alors peu favorable au contrôle de l'exercice du pouvoir réglementaire, mais elles soulignent les exceptions naissantes (refus d'application de la loi, inexécution des règlements, suppression des règlements devenus illégaux) et elles ouvrent la voie à une évolution plus large.

La liberté de l'Administration dans l'exercice du pouvoir réglementaire ne se justifie pas avant tout par des considérations de principe. Elle se fonde sur des arguments plus pratiques : besoin d'autonomie de l'autorité administrative, absence d'intérêt des administrés, absence de voie de recours organisée... La thèse de M. Montané de la Roque a contribué de façon décisive à faire glisser le problème du niveau des principes à celui des procédures. A partir de là, il a suffi d'un affinement du contrôle juridictionnel pour voir apparaître des obligations juridiques et leurs sanctions.

B - LES PROBLÈMES PROCÉDURAUX

Sur le plan contentieux, le principal obstacle à la reconnaissance d'une obligation de réglementer résidait dans l'impossibilité pour les requérants de l'invoquer avec succès. Différents arguments venaient étayer cette position de repli de la doctrine. Le Conseil d'Etat dut les balayer successivement pour parvenir à sa jurisprudence actuelle qui tend à assurer le contrôle du juge sur l'initiative des règlements.

1°) L'absence d'intérêt du requérant

Nous avons vu qu'une des maximes principales de la doctrine était que personne ne pouvait invoquer un intérêt légitime à l'édition d'un règlement. Cette absence d'intérêt a longtemps justifié le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Elle fait

(30) Cf. AUBY et DRAGO, *op. cit.* III, n° 1164.

(31) MONTANÉ DE LA ROQUE, *op. cit.* I, Position au problème, pp. 80 et sq.

figure de transition entre les principes théoriques et les techniques contentieuses.

M. Montané de la Roque reconnaît au Gouvernement une obligation d'exécuter les lois et il affirme que « l'inexécution générale de la loi constitue une illégalité et une source de responsabilité chaque fois qu'elle résulte d'une décision de principe systématique » (p. 124). Mais il n'en résulte pas que l'on puisse réclamer en justice l'édition d'un règlement d'application : « Il est vrai que le respect de la légalité peut être non seulement un frein à l'activité administrative mais aussi une impulsion. Toutefois, cela n'est vrai que lorsqu'il s'agit de mesures administratives individuelles pouvant conférer aux administrés un intérêt personnel à agir. Or, en matière de règlements généraux, il ne peut en être ainsi. Leur caractère même de généralité exclut tout intérêt personnel parce que non exclusif » (p. 129). Si les mesures d'exécution sont individuelles, la compétence peut être liée, si elles sont réglementaires, il n'y a pas de recours. « Sur le plan du recours en indemnité, il doit en être de même, car on ne peut justifier d'un préjudice spécial occasionné par le défaut d'une réglementation générale » (p. 131).

M. Weil reconnaît, en le déplorant, que tel est l'état du droit positif. « Il y a là, à notre avis, une lacune grave dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ; celui-ci devrait annuler pour violation de la loi tout refus, implicite ou explicite, d'établir un texte réglementaire prévue par la loi » (32). Il est faux de croire qu'un tel recours est impossible faute d'intérêt personnel : « S'il en était ainsi, pourquoi le R.E.P. est-il possible contre un règlement existant qui a le même caractère de généralité ? » (32). Il s'agit en réalité de la règle politique de l'indépendance administrative.

Le problème étant placé sur le plan de l'intérêt, il suit l'évolution logique et historique de cette notion. L'élargissement constant du cercle des intéressés est admis par le juge et la doctrine sous la pression constante des requérants. Il aboutit à l'effacement presque complet de la distinction, jugée autrefois fondamentale, entre les actes réglementaires et les autres. Cette évolution s'est faite progressivement et sans heurts. Elle a fait sauter un verrou qui s'opposait au contrôle juridictionnel. Rien ne s'oppose à ce qu'un administré ait intérêt à l'application d'une réglementation même générale.

2°) L'absence de voie de recours

La dernière objection n'est pourtant pas la moindre : l'absence de voie de recours possible empêche de sanctionner une obligation théoriquement concevable. Même lorsque cela apparaît souhaitable, le contentieux administratif n'est pas armé techniquement pour résoudre certains problèmes.

(32) P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*. Thèse Paris 1952, pp. 51 et sq.

Dans la mesure où les auteurs classiques écartaient par principe toute idée d'obligation juridique, ils n'évoquaient les difficultés de procédure que pour y voir une confirmation de leurs thèses. Lorsque l'existence d'obligations à la charge de l'Administration a été envisagée de façon plus empirique, les déficiences de la technique juridique sont apparues dans toute leur ampleur. Dans ce domaine aussi, la même tendance s'est fait jour : les impossibilités, admises d'abord sans discussion, ont fait l'objet de critiques croissantes jusqu'à ce qu'elles soient écartées. Ici encore, la doctrine, malgré quelques exceptions, s'est généralement contentée de suivre la jurisprudence.

La thèse de M. Montané de la Roque est l'un des derniers ouvrages à admettre encore comme allant de soi un certain nombre de tabous qui entravent le contrôle juridictionnel. Elle rappelle par exemple « qu'il n'est de recours que contre les règlements illégalement faits — mais non pas à faire » (p. 128). Il est donc pratiquement impossible de vaincre l'inertie de l'Administration. « Sinon, ce serait permettre au juge d'enjoindre à l'Administration de faire un règlement, de procéder ainsi à de véritables arrêts de règlement, ce qui lui est interdit en vertu du principe de la séparation des autorités » (p. 131) et de la prohibition des injonctions juridictionnelles.

Même si l'on admet la mise en jeu de la responsabilité pour inaction fautive, « on ne voit pas, par contre, comment la sanction de l'annulation pourrait être utilisée : il ne semble pas, en effet, qu'un recours dirigé par un particulier contre un refus de refaire un règlement de police annulé ait une chance de succès devant le Conseil d'Etat, l'Administration n'étant pas obligée *a priori* d'émettre le règlement et les conséquences dommageables de son abstention n'étant pas établies dès l'abord » (33).

Le scepticisme de la doctrine devant la possibilité pour le juge d'imposer une obligation à l'Administration était donc très répandu. Il aboutissait à reconnaître que l'Administration avait des devoirs juridiques mais qu'aucune sanction n'était possible à son encontre dans la plupart des cas où un règlement était en jeu. Une telle situation ne peut être interprétée que comme un défi au principe de légalité. Le Conseil d'Etat devait relever ce défi avec éclat et prouver que la plupart des obstacles étaient imaginaires.

§ 2. — Les données actuelles de la jurisprudence.

Fidèle à sa méthode traditionnelle, le Conseil d'Etat a procédé par petites touches. Après avoir créé de façon indirecte un certain nombre de devoirs juridiques à la charge de l'Administration, il met au point pour chacun d'eux des techniques originales qui ouvrent aux intéressés une voie de droit sanctionnant directement le respect de ce devoir. Ce processus a déjà

(33) P. WEIL, *op. cit.*, pp. 51 et sq.

été suivi dans les deux hypothèses du règlement d'exécution et du règlement de police. Ne peut-il s'étendre à d'autres cas ?

A. - L'OBLIGATION D'ASSURER L'EXÉCUTION DES LOIS ET RÈGLEMENTS.

La jurisprudence du XIX^e siècle ne s'était pas reconnu le pouvoir d'imposer une telle obligation à la charge de l'administration (C.E. 30 janvier 1891. Syndicat des chaussées de Trébon d'Arles. L. 60, refus de compléter un décret). Mais elle a progressivement assuré son contrôle en la matière si bien qu'à l'heure actuelle la nature et l'étendue de l'obligation sont assez bien précisées.

1°) L'établissement du contrôle juridictionnel.

Il a toujours été dans le rôle normal du juge de réprimer les actes et faits illégaux de l'administration. Cela peut conduire à la censure d'un refus d'exécution lorsque ce refus prend la forme d'un acte juridique et on sait qu'en matière de circulaires la qualification donnée par le juge est assez flottante. La reconnaissance du caractère réglementaire d'une circulaire suspendant l'exécution d'une loi est un premier moyen de contrôle (C.E. 24 avril 1934. Ligue nationale contre l'alcoolisme. S. 1934. 3.77, R.D.P. 1934.444).

Mais le refus d'exécution peut être considéré en lui-même, indépendamment de la forme sous laquelle il s'exprime. Il n'est pas d'autre solution pour passer outre à l'inertie pure et simple. Un recours administratif provoque la décision préalable contre laquelle il est possible de se pourvoir. La décision de rejet engage la responsabilité de l'Etat pour refus d'exécution d'un règlement (C.E. 14 mars 1924. Compagnie des messageries fluviales de Cochinchine. R.D.P. 1924.230. Conclusions Mazérat, note Jéze) ou d'une loi (C.E. 6 juillet 1934. Société Van Outryve. R.D.P. 1934.629. Conclusions Rivet. C.E. 24 juillet 1936. Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or. D.P. 1937.3.41. Conclusions Lagrange, note Waline). Simultanément, elle peut être annulée pour excès de pouvoir (C.E. 24 juin 1966. Union de la production et du commerce des vins et eaux-de-vie d'Alsace. J.C.P. 1967.II.15028, note Vizez).

Mais une grave lacune limitait la valeur de cette jurisprudence. Le Conseil d'Etat ne sanctionnait que le refus d'exécuter les lois entrées en vigueur et pendant longtemps il a estimé qu'une loi n'entrait en vigueur qu'après l'édition des règlements prévus pour son application, sans chercher à savoir si ces derniers étaient ou non indispensables (C.E. 25 mai 1882. Gautier. L. 502) ou en faisant cette distinction (C.E. 4 mai 1928 d'Ornano D.H. 28.340) (34).

(34) Cf. MONTANÉ DE LA ROQUE, *op. cit.*, pp. 132 et sq., L'exécution des lois incomplètes.

Cette solution montre tous ses inconvénients lorsque les administrés sont démunis du droit d'exiger qu'une réglementation générale soit prise. Mais la reconnaissance d'un tel droit a longtemps tardé bien qu'elle fut contenue en germe dans certaines décisions.

Elle est reconnue à l'époque contemporaine par une série d'arrêtés. Le refus d'édicter un règlement d'application d'un décret est légal si la mesure complémentaire n'est pas indispensable et laissée à l'appréciation des ministres compétents (C.E. 13 juillet 1952. Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la S.N.C.F. L. 403). M. Auby considère alors que la jurisprudence lui offre des bases suffisantes pour asseoir sa thèse sur l'obligation d'assurer l'exécution des lois (35). La confirmation jurisprudentielle suit bientôt.

Le juge annule le refus de prendre une mesure d'application d'un décret (C.E. 24 janvier 1962. Ministre de l'Information c/ Société Radio-Filtrex. L. 54) puis le refus de prendre les décrets d'application d'une ordonnance (C.E. 13 juillet 1962. Kevers-Pascal L. 475. D. 1963.606 note Auby). Enfin il décide que le refus d'édicter un décret d'application d'un autre décret constitue une faute engageant la responsabilité de l'Etat (C.E. 27 novembre 1964. Ministre des Finances et des A.E. c/ dame veuve Renard. A.J.D.A. 1964.723. A.J.D.A. 1964.678 chronique. D. 1965.682 note Auby).

Il existe maintenant au profit des administrés un droit à obtenir l'application d'un texte au besoin en provoquant l'édiction des mesures individuelles ou réglementaires nécessaires à cette application. La jurisprudence centre autour de cette idée les obligations de l'administration (36).

2°) *L'étendue et la nature de l'obligation de prendre un règlement d'exécution.*

L'obligation a une portée générale car elle concerne tous les actes juridiques mais une fonction secondaire car elle ne s'impose que lorsqu'elle est strictement nécessaire à l'application du texte initial.

L'obligation de prendre un règlement d'exécution est suscep-

(35) AUBY, *op. cit.*, J.C.P. 1953.1080.

(36) En cas de modification du statut d'un corps, le Gouvernement a « l'obligation... de prendre par décret les mesures nécessaires pour faire bénéficier, sous les conditions appropriées, les agents admis à la retraite des avantages consécutifs à cette modification ». (C.E., 25 février 1966, Joly L. 151. Dans le même sens : C.E., 12 janvier 1966, Ferrier L. 25). Cette obligation découle d'un droit reconnu aux intéressés par le Code des Pensions. Elle se présente comme une obligation de prendre un décret d'assimilation, c'est-à-dire un règlement d'application. Mais cette jurisprudence se fonde essentiellement sur l'obligation plus générale d'assurer une exécution des lois et règlements conforme aux droits des intéressés.

tible d'exister à l'égard de n'importe quel acte juridique. Elle fait partie de la théorie générale du pouvoir d'exécution dont nous avons vu qu'elle était susceptible de s'étendre au-delà des relations loi-règlement (37).

Dans les arrêts récents, la même solution s'applique que le texte initial soit une loi (Kevers-Pascal) ou un décret (C.E. 27 février 1948. Société Vié L. 99. C.E. Ministre de l'Information contre Radio-Filtrex). Elle est certainement valable pour des délibérations de conseils municipaux et généraux.

L'obligation n'est pas de nature hiérarchique mais normative. Elle ne découle pas du droit d'injonction qu'aurait le parlement à l'encontre du gouvernement mais du principe de légalité qui exige l'application des textes régulièrement édictés. L'arrêt veuve Renard met en lumière ce caractère : le texte d'origine est un décret simple qui renvoie à un autre décret simple. Le chef du gouvernement peut incontestablement abroger ou modifier son premier décret mais aussi longtemps qu'il ne l'a pas fait, il doit en assurer l'application. Le bloc de la légalité comprend l'ensemble des règlements en vigueur et il lie même leurs auteurs (38).

L'obligation d'édicter un règlement est donc seconde par rapport à l'obligation d'assurer l'exécution des lois et règlements dont elle n'est qu'un aspect. Loin d'être autonome, elle découle de la fonction exécutive conférée aux autorités administratives par la constitution ou par la loi. Sa force contraignante est réduite de ce fait, l'idée générale étant que l'obligation n'existe que si le règlement à prendre est indispensable à l'application du texte principal.

La jurisprudence relative à l'entrée en vigueur des lois et actes administratifs conditionne la jurisprudence relative à l'obligation de réglementer. Le principe est celui de l'entrée en vigueur dès leur publication, des textes qui se suffisent à eux-mêmes (C.E. 23 mai 1958. Ministre de l'Education Nationale c/ Weber. L. 293 pour une loi introduite en Alsace-Lorraine. C.E. 10 mars 1961. Union départementale des associations familiales de Haute-Savoie. D.S. 1962.203 note Jeanneau pour un décret). Le Conseil d'Etat apprécie dans chaque cas si le règlement d'exécution est ou non nécessaire pour que la loi entre en vigueur (C.E. 23 novembre 1949. Garlard L. 497 pour une loi inapplicable et C.E. 19 décembre 1947. Conseil du collège dép. des médecins du Vaucluse L. 485 pour un décret inapplicable. C.E. 30 mars 1960.

(37) Cf. *supra*, II^e partie, titre I, chapitre II. Conclusion.

(38) Toutefois, comme le fait observer le commissaire du gouvernement GALMOT, l'obligation disparaît si le texte à appliquer est illégal (C.E., 8 janvier 1960, Laiterie Saint-Cyprien, L. 10). Cette restriction va de soi. Elle n'existe pas à l'égard des lois.

Peteland L. 239 et les arrêts précités pour des textes applicables) (39).

L'obligation d'édicter un règlement d'application n'apparaît donc que si le texte principal ne peut entrer en vigueur sans lui ; autrement dit si le règlement est absolument indispensable. Elle n'existe que lorsqu'elle est la condition de l'exécution de la loi ou du texte principal. Sinon, il s'agit d'une question d'opportunité qui ne peut être discutée devant le juge administratif.

L'entrée en vigueur d'un texte n'est pas seulement conditionnée par le degré de précision de ses dispositions. Elle peut être subordonnée par son auteur à l'intervention de règlements d'application. Cette intention doit être respectée et l'application prématurée du texte est considérée comme illégale (C.E. 23 décembre 1943. Ratié et autres L. 304). La contrepartie est normalement l'obligation de prendre le règlement nécessaire. Le problème est alors de savoir si le législateur a entendu ouvrir une faculté ou créer une obligation de prendre le règlement. La recherche de son intention est quelquefois assez ardue mais c'est une question d'espèce.

Lorsque l'entrée en vigueur d'un texte est techniquement et légalement possible sans règlement d'exécution, l'intervention de ces derniers est laissée à l'appréciation de l'administration. Les administrés qui peuvent, par hypothèse, obtenir l'application de la loi, n'ont pas d'intérêt qui leur permette de se pourvoir contre un refus de réglementer.

Ni les administrés, ni le juge ne peuvent imposer à l'administration le choix d'un mode d'exécution qui n'est pas prescrit par le texte principal. A défaut de précision, elle peut opter aussi bien pour la voie réglementaire que pour la prise de décisions particulières.

De même l'administration reste maîtresse du moment de son intervention (40). Il est admis depuis longtemps qu'elle n'est pas tenue de respecter les délais prévus par la loi comme ce serait le cas si l'essentiel était d'obéir aux injonctions du législateur. « D'après la jurisprudence, cette sorte de délai ne constitue qu'une règle mettant en jeu la discipline interne de l'administration, et son inobservation ne peut priver une loi de toute efficacité, lui enlever toute possibilité d'application et entacher d'illégalité les règlements tardifs et les décisions d'application » (41). Par contre, l'inertie, passé un délai raisonnable,

(39) *Une loi est-elle applicable malgré l'absence des textes d'application ?* Revue des Finances Communales 1967.111.

(40) Accessoirement, on peut noter que l'administration a la faculté de répartir les modalités d'application entre plusieurs textes (C.E., 11 février 1955 Crèvecoeur L. 86, C.E., 18 janvier 1957, Chatillon L. 39) et qu'elle conserve le droit, et parfois le devoir, de modifier ultérieurement son règlement. (C.E., 7 avril 1933, Caisse régionale de Crédit agricole du Sud-Est L. 437).

(41) DELVOLLE, S. 1951.341.

constitue une faute engageant la responsabilité de l'administration. Cette solution, suggérée par l'arrêt syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or en 1936, est confirmée par l'arrêt veuve Renard en 1964. (Adde : T.A. Lille 8 décembre 1965. Dlle Blaire. L. 800).

Plus encore que l'obligation de prendre un règlement prévu par la loi dans les conditions prévues par la loi, le juge a entendu établir l'obligation d'exécuter la loi, c'est-à-dire l'obligation de remplir une fonction constitutionnelle. Cette conclusion peut être transposée à toutes les fonctions d'exécution consacrées par la loi, notamment l'exécution des délibérations des conseils municipaux et généraux par les maires et les préfets.

B. - L'OBLIGATION DE PRENDRE DES MESURES DE POLICE.

Le Conseil d'Etat a suivi à peu près la même démarche que pour le pouvoir d'exécution des lois. Mais la nature du pouvoir de police a imposé un surcroît de prudence : les solutions qui se fondent sur une argumentation théorique analogue sont en pratique plus restrictives.

1°) L'établissement du contrôle juridictionnel.

Le pouvoir de police est un pouvoir autonome. M. Teitgen a bien montré qu'il ne pouvait pas vraiment se rattacher à l'exécution des lois mais qu'il était antérieur à toute concession législative et innérent à la fonction administrative. D'autre part, il doit nécessairement s'adapter à des circonstances particulières et changeantes.

Pour ces deux séries de raisons, le contrôle du juge doit s'exercer avec prudence. Moins encore qu'ailleurs le juge ne doit se substituer à l'administrateur, mais simultanément une stricte protection des libertés publiques est indispensable. Une conciliation empirique de ces deux tendances opposées se fait jour : la liberté d'initiative de l'autorité de police est respectée pour que la réglementation reste proche des situations de fait, un contrôle juridictionnel rigoureux s'exerce sur les mesures édictées puisque, sous couvert d'appréciation des motifs de faits, le juge se livre à un examen de l'opportunité de la mesure.

Traditionnellement l'édiction d'un règlement de police est une question qui relève de l'appréciation discrétionnaire de l'administration. Le Conseil d'Etat déclare irrecevables les requêtes présentées contre le refus d'élaborer un règlement (C.E. 6 juillet 1894. Commune de Faquières. S. 1896.3.106 et L. 462. C.E. 12 juillet 1912. Lombard L. 61).

Mais dans son contrôle de l'exercice du pouvoir de police, le Conseil d'Etat est amené à mesurer les conséquences d'une abs-

tention. C'est sur le plan de la responsabilité qu'il pose d'abord le problème, car il n'est pas lié sur ce point par des règles strictes.

Il admet que l'abstention du maire met en jeu la responsabilité de la commune lorsqu'elle constitue une faute lourde, aucun motif d'opportunité ne peut en effet justifier le refus de prendre les mesures indispensables pour faire face à un péril grave. Le contentieux de la responsabilité est particulièrement bien adapté à ce genre de recherche car il tire les conséquences d'une situation de fait au lieu de conjecturer les effets à venir d'une mesure.

Cette idée d'inaction fautive s'introduit sans trop de difficultés. Elle s'applique à des mesures individuelles (C.E. 23 janvier 1931. *Garcin R.D.P.* 1931. Conclusions Latournerie. S. 1931.3.97, note Bonnard) aussi bien que réglementaires (C.E. 11 mai 1951. *Commune de Saacy-sur-Marne L.* 257. *R.D.P.* 1951.1164). Comme toujours en matière de police, le juge n'engage la responsabilité de la puissance publique qu'en cas de faute lourde, ce qui tempère utilement son contrôle (42).

Il a longtemps paru difficile d'aller plus loin : nous avons cité la phrase de M. Weil qui ne voyait pas comment la sanction de l'annulation pourrait être utilisée. Pourtant, comme le dira le commissaire du gouvernement Bernard, « si l'autorité de police commet une faute dans un tel cas en s'abstenant de prendre un règlement, c'est au moins parce qu'elle était dans l'obligation de le faire ».

L'obligation de prendre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre est donc admise en principe : l'exercice du pouvoir réglementaire de police peut être aussi conditionné qu'un autre mais il est plus délicat de mettre en œuvre un contrôle juridictionnel.

L'arrêt Doublet est le premier à reconnaître la possibilité d'un recours direct en annulation contre le refus d'édicter une mesure de police. (C.E. 23 octobre 1959. *Doublet. R.D.P.* 1959. 1235. Conclusions Bernard. D. 1960.191 note Lavroff).

Mais il conclut à un rejet de la requête car il suffisait en l'espèce que l'intéressé obtienne le respect de la réglementation existante (43). Il ne semble pas que le Conseil d'Etat ait eu jusqu'à présent l'occasion d'admettre un recours au fond. Si la solution de principe est bien implantée, elle n'a donné lieu qu'à un tout petit nombre de décisions de rejet (T.A. Grenoble 17 janvier 1962. *Finas L.* 714 à propos de réglementation du sta-

(42) Cf. jurisprudence citée par DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, p. 32, note 1.

(43) Il est intéressant de noter que le même sieur DOUBLET obtiendra plus tard une indemnité en raison de la carence de l'autorité de police à faire respecter la réglementation en vigueur.

C.E., 14 décembre 1962, DOUBLET, A.J.D.A. 1963.101.

tionnement sur la voie publique). La crainte manifestée par certains que cette jurisprudence ne porte une atteinte excessive au pouvoir discrétionnaire de l'administration, semble donc mal fondée. La nature des choses s'y oppose et le Conseil d'Etat a su tenir compte en dégageant les conditions auxquelles est soumis le droit à réclamer l'édiction d'une mesure de police.

2°) *L'étendue et la nature de l'obligation de prendre une mesure de police.*

Le commissaire du gouvernement Bernard a montré que la sanction positive de la carence (l'annulation) ne saurait être plus facilement mise en œuvre que la sanction négative (la responsabilité). Il faut au contraire éviter une injonction déguisée et laisser à l'administration un entier pouvoir d'appréciation : « Il ne semble donc possible de conclure à l'existence pour l'autorité de police d'une obligation légale d'user de son pouvoir réglementaire que dans l'hypothèse, au demeurant difficile à mieux définir, où en s'abstenant d'user de ce pouvoir cette autorité méconnaîtrait les exigences les plus élémentaires ou les plus essentielles de la protection de l'ordre public et manquerait en définitive manifestement et gravement à sa mission : ce qui correspond sensiblement au cas où, dans le domaine de la responsabilité, sa carence, son inaction pourraient être qualifiées de faute lourde ».

La formule utilisée par le Conseil d'Etat est plus concise mais son sens est le même : Un « refus... n'est entaché d'illégalité que dans le cas où, à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique (l') autorité, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser ce péril grave, méconnaît ses obligations légales ».

A un degré supplémentaire de gravité, le Conseil d'Etat reprend sa jurisprudence sur l'adéquation des mesures de police aux motifs de fait. M. Lavroff, dans sa note déjà citée, montre bien le rôle joué par la nature de l'activité à réglementer. Du pouvoir discrétionnaire maximum en présence de convenances personnelles à l'obligation légale en présence de droits essentiels, il existe une multitude de situations intermédiaires. La transposition du contrôle sur un règlement édicté à l'obligation de réglementer est parfaitement logique et opportune. Elle évite d'élaborer un régime juridique original que rien ne justifie.

Mais l'obligation n'incombe à l'administration que dans la mesure où il y a une situation particulièrement dangereuse, un péril grave pour l'ordre public. Il y a donc dans chaque cas une frange où la situation de fait donne le droit de prendre une

mesure mais n'impose pas une obligation. Le contrôle du Conseil d'Etat est plus strict dans la première hypothèse que dans la seconde.

Cette différence de sévérité a une conséquence relevée par M. Lavroff. L'obligation de réglementer n'existe qu'en cas de péril grave en l'absence d'une réglementation antérieure. S'il en existe déjà une, l'obligation d'adapter les textes en vigueur résulte du seul changement des circonstances sans qu'une condition de gravité soit posée. Il est donc en principe plus facile d'obtenir l'adaptation d'un règlement que l'édiction d'une mesure initiale.

Le concours des polices générales introduit un élément supplémentaire de complexité. La faculté qui appartient aux autorités locales de renforcer une réglementation supérieure devient une obligation légale d'intervention si les mesures en vigueur sont insuffisantes pour faire face aux circonstances locales. Convient-il alors de transposer la jurisprudence Despujol ? Il s'agit bien d'adapter une réglementation existante mais l'autorité qui y procéderait n'est pas celle qui a pris le règlement et elle lui est même hiérarchiquement inférieure. Le Conseil d'Etat semble considérer que le renforcement local d'une réglementation générale doit être soumis au même régime que l'édiction d'un règlement initial (arrêt Doublet 6° considérant : les mesures supplémentaires que pouvait prescrire le maire n'étaient pas indispensables pour faire disparaître un danger grave). Cette solution tend à affirmer que les compétences des différentes autorités de police restent distinctes même lorsqu'elles s'exercent sur le même domaine.

La situation de fait doit donc être grave pour rendre obligatoire l'intervention de l'autorité de police. Même dans ce cas elle n'entraîne pas nécessairement une obligation de prendre un règlement. Cette précision permet de mieux définir la nature de l'obligation posée par le juge.

Alors que le requérant, dans l'affaire Doublet, invoquait « l'obligation légale de réglementer par arrêté l'utilisation du terrain de camping de la rue des Sports » qu'aurait eu le maire de Saint-Jean-de-Monts, le Conseil d'Etat lui a répondu sur un autre terrain. Pour le juge, la seule obligation légale incombant au maire est « qu'il fasse usage des pouvoirs de police à lui conférés par l'article 97 précité de la loi du 5 avril 1884 ». Le maire est tenu d'ordonner les mesures indispensables. Il n'est précisé nulle part que ces mesures doivent être de nature réglementaires. Il est généralement admis, depuis la thèse de M. Teitgen, qu'une mesure de police peut être particulière sans se fonder sur une règle générale (44).

(44) Dans l'espèce en cause, le maire a été rendu responsable de sa carence à faire respecter la réglementation préfectorale (C.E., 14 décembre 1962, Doublet, A.J.D.A. 1963.101, précité).

Le Conseil d'Etat reste sur le terrain de la mission de police du maire et n'entre pas sur celui de l'obligation de réglementer.

Le maire conserve donc le libre choix des moyens qu'il peut utiliser pour faire disparaître la menace de trouble à l'ordre public. Sans doute choisira-t-il le plus souvent la voie réglementaire, comme il est naturel, mais le Conseil d'Etat ne la lui impose pas plus qu'il ne lui prescrit le contenu des mesures à prendre. La limitation apportée au pouvoir discrétionnaire de l'administration est donc plus faible qu'il ne paraît à prime abord.

L'arrêt Doublet établit une obligation d'agir mais non de réglementer. Une indication analogue peut être tirée des arrêts engageant la responsabilité de la puissance publique pour inaction fautive : ainsi, selon l'arrêt commune de Saacy-sur-Marne, le maire a commis une faute lourde « en s'abstenant de réglementer le passage par barque organisé... par le sieur Delamotte... ou en ne prenant aucune mesure propre à prévenir les dangers de ce passage ». Il conservait sa liberté d'appréciation dans le choix des mesures à prendre pour répondre aux besoins.

Le Conseil d'Etat a donc consacré une obligation de faire usage des pouvoirs de police, de prendre des mesures de police. Le libre choix des moyens est en principe préservé sauf si, en fait, il n'existe qu'un seul moyen. L'obligation de prendre un règlement de police n'apparaît véritablement que dans ce dernier cas. Elle n'est qu'une conséquence indirecte, bien qu'assez fréquente, d'une obligation plus générale.

La jurisprudence du Conseil d'Etat trouve plus facilement son fondement théorique dans cette conception. Le maintien de l'ordre public est une compétence appartenant à certaines autorités. Il constitue pour elles une fonction légale, une mission dont elles sont chargées par la loi ou la constitution. Il leur ouvre des droits mais aussi des devoirs. En dernière analyse il existe à la charge des autorités de police une obligation légale de prendre les mesures propres à maintenir l'ordre public, c'est-à-dire une obligation légale d'exercer leur fonction.

C. - L'OBLIGATION DE PRENDRE DES RÉGLEMENTS ORGANIQUES.

Le troisième domaine d'activité de l'administration concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics. Depuis l'arrêt Jamart, le juge a reconnu en ce domaine l'existence d'une compétence naturelle des chefs de service. Il leur a conféré un pouvoir réglementaire fondé sur un titre implicite mais ne leur a imposé aucune obligation d'en faire usage.

Cette absence de prise de position semble due davantage aux circonstances qui n'ont pas donné au Conseil d'Etat l'occasion de statuer sur ce point qu'à un refus délibéré. La « spontanéité » du pouvoir du chef de service est telle qu'une carence est relativement rare. A défaut de dispositions formelles, il se crée au moins des usages et règles tacites. De plus, les administrés

n'ont pas souvent un intérêt qui leur permette d'intenter une action. En dernier lieu, une part importante de la réglementation organique prend la forme de règlements d'exécution des lois et textes supérieurs, l'obligation de l'édicter relève alors d'une autre hypothèse.

Mais divers indices laissent penser que le Conseil d'Etat adopterait une attitude analogue à celle prise devant les mesures d'exécution des lois ou les mesures de police.

Par exemple, le maire a le droit de réglementer les heures d'ouverture des bureaux municipaux et donc les heures où les administrés peuvent prendre communication, comme ils en ont le droit, des documents officiels (C.E. 23 mars 1962, Casabianca L. 207 et arrêts précités dans la II^e partie. Titre III. Chapitre I).

Mais le maire n'est pas obligé de prendre un arrêté à cet effet, si la pratique laisse leurs droits aux administrés (C.E. 2 novembre 1960, Costedoat A.J.D.A. 1960.383). Cet arrêt de rejet montre le souci qu'a le juge de permettre l'adaptation du pouvoir réglementaire aux circonstances de fait. Ne peut-on en tirer, *a contrario*, que dans d'autres circonstances de fait, l'administration peut être tenue de prendre une mesure d'organisation ?

L'espèce invoquée est minuscule mais elle laisse penser qu'en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics comme ailleurs, le Conseil d'Etat adopte la même attitude. Il n'existe pas en tant que telle une obligation de réglementer mais une obligation plus générale de remplir la fonction assignée, qui peut éventuellement se résoudre en une obligation de réglementer lorsque tel est le moyen de remplir la fonction.

§ 3. — *L'obligation de remplir la fonction impartie à l'autorité administrative.*

Une présentation plus systématique de la jurisprudence est possible au terme de cette analyse. Elle vise à indiquer une tendance plus qu'un état effectif du droit positif mais elle relie entre elles les différentes solutions admises jusqu'à présent. Elle aboutit à remettre le pouvoir réglementaire à sa juste place qui est en définitive assez modeste.

A. - LE PRINCIPE : L'OBLIGATION DE REMPLIR LA FONCTION.

L'analyse faite par M. Auby des fonctions constitutionnelles du gouvernement en matière d'exécution des lois peut et doit être généralisée. Une compétence ne crée pas seulement des droits mais aussi des devoirs car elle a été conférée pour remplir une fonction jugée indispensable au bien public.

Cette différence entre la compétence de droit public et la capacité des personnes privées est fondamentale : l'individu investi d'un pouvoir légal peut s'abstenir de l'exercer ; dans

certain cas, il peut même y renoncer car il l'a reçu dans son intérêt privé dont il est normalement laissé juge. Cette vue libérale du droit prive recule en partie devant des conceptions qui présentent certains droits, notamment la propriété, comme des fonctions sociales. Il n'est donc pas question de l'étendre au droit public : la compétence dont est investie une autorité administrative est bien un pouvoir légal qu'elle doit exercer et auquel elle ne saurait renoncer.

L'institutionnalisation du pouvoir a précisé, historiquement et théoriquement, la notion de compétence opposée à celle de droit de propriété sur le pouvoir. Elle a été complétée par la philosophie politique de la démocratie libérale. Celle-ci fonde la légitimité d'un pouvoir sur la fonction qu'il assume.

Le Conseil d'Etat traduit en préceptes juridiques ce principe constitutionnel. Il ne réduit pas son rôle à celui de contrôleur du respect des formes et procédures ; il ne l'étend pas non plus à celui de supérieur hiérarchique de l'administration. Il veille seulement à ce qu'elle remplisse les fonctions qui lui sont assignées par la constitution, la loi ou le règlement.

Toutes les compétences qui correspondent à une fonction bien déterminée font alors l'objet d'une obligation d'exercice sanctionnée juridictionnellement par l'annulation du refus. L'exécution des lois et le maintien de l'ordre public sont deux cas de portée générale. Des fonctions plus spécifiques peuvent être trouvées (exercice de telle police spéciale par exemple).

L'obligation ne peut être sanctionnée par le juge lorsqu'il ne peut déterminer lui-même le contenu de la fonction. La constitution ou la loi ouvrent parfois de simples facultés d'agir ou entendent que la détermination de la fonction soit l'œuvre de l'autorité administrative elle-même. Le gouvernement peut recevoir des missions de nature politique comme assurer une meilleure justice sociale ou réaliser le plein emploi dans l'économie. En l'état actuel du droit positif, cela n'entraîne aucune obligation juridique de prendre une décision donnée. Mais si la mission est définie par le législateur avec une précision suffisante, elle peut recevoir une sanction juridictionnelle. Ici aussi, le pouvoir discrétionnaire est une notion souple et dynamique.

Le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37 pose alors un problème fondamental : faute de correspondre à une fonction constitutionnelle précise, il ne peut s'accompagner d'aucune obligation d'exercice. Mais il peut être utilisé pour remplir telle ou telle fonction. On conçoit alors qu'une obligation puisse réapparaître en même temps que la fonction juridique.

Il existe au moins deux cas où l'exercice du pouvoir réglementaire autonome peut être considéré comme obligatoire. Le premier est le pouvoir de police qui appartient implicitement au chef du gouvernement : son exercice est normalement soumis à la jurisprudence Doublé car il ne diffère pas par nature de

la police municipale. Une carence semble assez difficile à établir en fait, surtout à cause de la concurrence des compétences, mais elle est théoriquement concevable (par exemple en matière de circulation aérienne ou maritime ou encore de lutte contre des épidémies).

Le second cas résulte non de la nature des choses mais de l'aménagement constitutionnel des pouvoirs : les lois de principes sont mises en œuvre par le pouvoir réglementaire autonome. Quelle que soit la latitude dont ce dernier dispose, il doit se considérer comme investi d'une mission obligatoire. On ne saurait admettre en effet qu'il puisse paralyser le pouvoir législatif par une inaction volontaire. Ce trait commun avec le pouvoir classique d'exécution des lois montre à nouveau la fragilité de cette construction constitutionnelle.

Cette analyse s'appuie sur le seul raisonnement sans le recours d'aucune jurisprudence. Elle ne nous en paraît pas moins vraisemblable car elle correspond aux exigences du principe de légalité que l'on décèle dans d'autres hypothèses.

B. - LA CONSÉQUENCE : LE LIBRE CHOIX DES MOYENS DE REMPLIR LA FONCTION ET L'ABSENCE D'OBLIGATION DE RÉGLEMENTER.

L'obligation d'assurer la fonction résulte de la constitution, de la loi ou du règlement tels qu'ils sont interprétés par le juge. Elle réserve en principe le libre choix des moyens pour y parvenir.

Le juge ne se substitue pas à l'administration active dont le pouvoir discrétionnaire reste aussi étendu que possible sur ce point. Cette solution se fonde sur de sérieux arguments d'opportunité : l'autorité administrative chargée de remplir telle fonction doit être présumée la plus apte à discerner le meilleur moyen à mettre en œuvre pour réaliser cette fin.

Même lorsqu'un arrêt enjoint à l'administration d'agir, il ne lui prescrit pas la mesure à prendre. Il suffit pour le constater de se reporter aux analyses précédentes sur l'obligation d'exécuter une loi ou de maintenir l'ordre public.

Notamment, le juge laisse à l'administration la faculté d'opter entre décision individuelle et décision réglementaire. Il en résulte qu'il n'existe pas et ne peut pas exister une obligation générale d'édicter un règlement. Une telle obligation serait une atteinte directe et grave à la liberté d'appréciation qui appartient à l'administration et qu'il serait totalement injustifié de supprimer.

On s'aperçoit à nouveau que le pouvoir réglementaire n'est pas par nature un véritable pouvoir mais seulement un procédé parmi d'autres pour remplir une fonction, c'est-à-dire exercer un pouvoir. Si caractéristique qu'il soit dans son exercice, il

n'en est pas moins inséparable des autres procédés concourant à la même fin.

C. - LA LIMITE : L'ABSENCE DE CHOIX DES MOYENS.

La solution générale connaît d'importantes limites. La liberté de choix des moyens peut disparaître et par conséquent une interdiction ou une obligation de réglementer peuvent naître. Mais ces limites découlent de la nature de la mission conférée et non d'un principe général posé par le juge.

1°) L'interdiction de réglementer.

L'interdiction de prendre un règlement peut être prononcée par une disposition formelle d'une loi. Une telle hypothèse se rencontre assez rarement car elle est assez peu réaliste (cf. cependant C.E. 15 juillet 1959. Ville de Lille. A.J.D.A. 1959 pour la police spéciale des braderies. La loi impose au maire de n'édicter que des mesures individuelles d'autorisation ou d'interdiction). On peut en outre se demander si une loi a le droit, sans violer la constitution, de prohiber l'élaboration de règlements d'application.

Mais l'interdiction de réglementer peut aussi résulter d'un principe plus général qui oblige l'administration à procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire (45).

La tendance de l'administration à prendre une position de principe rigide a été condamnée par le juge depuis longtemps (C.E. 8 février 1907. *Levy* L. 143). Mais la jurisprudence est définitive à partir de l'arrêt d'assemblée du 24 juillet 1942. *Piron* (L. 233 S. 1943.3.1, conclusions Ségalat note Mestre). Elle est d'usage courant à l'heure actuelle et nécessite, de ce fait, quelques explications (C.E. 9 mars 1966. *Meyer*. R.D.P. 1966. 615).

Selon M. Waline, « un acte administratif est nul et doit être annulé lorsque l'autorité administrative, par la façon dont elle a procédé, s'est mise elle-même dans l'impossibilité de faire une saine appréciation de l'opportunité de prendre une décision... » (46). Selon M. Venezia, « lorsqu'une autorité administrative dispose en vertu de la loi d'une faculté de libre appréciation, elle a l'obligation de ne pas dénaturer un pouvoir que la loi veut discrétionnaire » (47).

(45) Cf. MEGRET, *De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire*, E.D.C.E., 1953.77.

J.C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Thèse Paris, p. 137 et 142.

(46) WALINE, *Cours de doctorat* 1952.53, p. 467, cité par J.C. VENEZIA.

(47) J.C. VENEZIA, *op. cit.*, p. 142.

En fait la décision n'est pas nécessairement discrétionnaire mais la loi exige qu'elle se fonde sur des motifs de fait appréciés concrètement dans chaque hypothèse. L'interposition d'une réglementation abstraite est impossible car elle contredit cette volonté de la loi (48).

Quelle que soit la nature exacte de cette obligation et de son fondement théorique, son existence est incontestée. Il en résulte que certaines lois ne peuvent être appliquées que par des mesures individuelles prises sur examen de chaque cas particulier. Ces lois qui font obstacle à l'exercice du pouvoir réglementaire sont assez nombreuses et concernent souvent des sujets importants. Il est donc inexact de prétendre que le pouvoir réglementaire peut s'exercer spontanément pour l'exécution de n'importe quelle loi.

2°) L'obligation de réglementer.

La disparition de la liberté de choix peut se produire dans l'autre sens et entraîner à l'inverse une obligation de réglementation. Cette situation se rencontre plus fréquemment que la précédente mais elle résulte de motifs exactement symétriques. L'invitation formelle de l'autorité supérieure ou les conditions même d'exercice de la fonction peuvent rendre le recours au procédé réglementaire obligatoire.

L'hypothèse la plus simple, au moins en apparence est celle où l'exercice du pouvoir réglementaire est rendu obligatoire par une disposition expresse de la loi (ou par assimilation de tout autre acte supérieur). Elle ne se limite pas au seul domaine de l'exécution proprement dite mais peut s'étendre à la police et à l'organisation des services publics.

La constitution de 1958 a posé le problème de la validité d'une injonction du législateur adressée au pouvoir réglementaire. Malgré la rigidité apparente des textes, la solution doit être nuancée pour répondre aux besoins pratiques. Elle a déjà été

(48) Pour être exact, il faut préciser qu'une telle loi n'interdit pas nécessairement l'édiction de tout règlement. Elle se borne à proscrire les règles abstraites qui feraient obstacle à un examen particulier des circonstances de fait. Mais elle admet sans difficulté les dispositions générales qui se bornent à définir le cadre dans lequel s'exerce la faculté de libre appréciation voulue par la loi. (C.E., 22 avril 1966, Fédération syndicale des travailleurs des P. et T. L. 282. A propos d'une circulaire ministérielle qui réglemente les conditions d'octroi de primes individuelles).

Il faut ajouter également que l'examen particulier des circonstances n'est pas *a priori* incompatible avec l'édiction d'un règlement, notamment en matière de police. Bien au contraire, il peut être imposé par un texte. Ainsi aux termes de la loi du 12 avril 1943 « avant d'édicter une réglementation (de l'affichage publicitaire pour protéger l'esthétique) ... les préfets sont tenus de procéder à un examen de la situation locale fondé sur les nécessités de cette protection » (C.E., 7 avril 1965, Société l'Affichage Giraudy, R.D.P. 1966.349). La jurisprudence est donc très nuancée sur ce problème.

étudiée plus haut (49). Le législateur ne dispose plus d'un véritable droit d'injonction mais dans plusieurs hypothèses, il peut régir l'exercice par l'administration de ses compétences.

Le législateur peut établir une obligation de réglementer dans les cas où la Constitution le charge de poser les règles d'organisation, de fonctionnement et de compétence de certaines autorités administratives. Il peut d'ailleurs fixer la règle inverse, c'est-à-dire l'interdiction de réglementer. L'énumération de ces hypothèses relève d'une étude détaillée du domaine de la loi. Dans le même ordre d'idées, l'obligation de réglementer peut constituer un principe fondamental relevant du législateur : la soumission à un statut légal et réglementaire est sûrement l'une des garanties fondamentales que la loi prévoit pour les fonctionnaires.

Dans le domaine qui lui est réservé, le Gouvernement peut, dans des conditions similaires, régir l'exercice de leurs compétences par les autorités administratives subordonnées.

Le législateur peut également inviter le Gouvernement à prendre des règlements d'application des lois. Cette possibilité ne découle plus d'un droit d'injonction et ne peut donc s'exercer à l'encontre du pouvoir réglementaire autonome. Elle tient à la pleine compétence reconnue au législateur dans son domaine propre : il peut fixer lui-même les plus petits détails du droit régissant ces matières, mais il peut aussi renvoyer à des règlements complémentaires tout en conservant le droit de prévoir les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire (50).

De toute façon, le juge administratif ne contrôle pas la constitutionnalité d'une loi. Il fait respecter par l'autorité exécutive toute invitation législative à prendre un règlement d'application.

Sous cette réserve, la même solution peut être transposée dans tous les cas où une autorité exécutive est chargée de procurer l'exécution d'une norme supérieure (subdélégations légales, exécutions des délibérations...).

La liberté des moyens dont dispose l'Administration peut également disparaître en dehors de toute volonté expresse du législateur ou d'une autorité supérieure. L'obligation de réglementer peut venir, de façon implicite mais nécessaire, des conditions d'exercice de la compétence.

On imagine mal que l'unicité des moyens joue en faveur de la réglementation en matière de police. Le plus souvent le choix reste ouvert entre plusieurs procédés ou bien le seul moyen possible de maintenir l'ordre est une mesure individuelle. Mais rien, *a priori*, n'interdit de penser que dans certains cas le recours à la réglementation s'impose naturellement.

Le terrain d'élection de l'obligation de réglementer reste celui

(49) II^e partie, titre I, chapitres II et III.

(50) Rappelons que la situation inverse n'est pas possible : le législateur ne peut interdire l'utilisation d'un pouvoir que le Premier Ministre tient directement de la Constitution.

de l'exécution des lois. L'édiction d'un règlement devient obligatoire, même si elle n'est pas prévue, chaque fois qu'elle se révèle indispensable à l'application de la loi. Cette situation se rencontre fréquemment : elle suppose des lacunes dans le droit objectif que seule une règle de droit objectif peut combler. Les arrêts récents Kevers-Pascalis et ministre des finances contre veuve Renard, en montrent le caractère pratique.

La constatation qu'il existe une obligation de réglementer à la charge de l'autorité compétente se fait sous le contrôle du juge. Ce dernier détermine dans chaque cas d'espèce si la loi a ou non besoin d'être complétée. Il ne consacre jamais que le droit de tout administré à obtenir l'application de la loi. Seul le caractère unique du moyen propre à assurer ce droit donne naissance à une obligation de réglementer.

Telles sont, en définitive, les seules hypothèses, d'ailleurs fort larges, où l'obligation générale de remplir la fonction assignée s'accompagne d'une obligation de moyen. Le principe d'adaptation aux circonstances de fait ou de droit engendre donc des obligations à la charge de l'Administration ; mais elles ne sont pas entièrement spécifiques au pouvoir réglementaire. La plupart sont communes à toute l'activité normative de l'Administration et prennent seulement une coloration particulière selon le procédé juridique utilisé. Cette observation, déjà faite à propos du principe d'égalité, vaut également pour le principe d'adaptation lorsqu'il s'exprime sous la forme d'une obligation de remplir une fonction juridique.

CONCLUSION GENERALE

Le pouvoir réglementaire ne fait plus l'objet d'une théorie générale qui soit satisfaisante. Nous avons eu l'occasion de montrer à plusieurs reprises que les théories classiques n'étaient jamais parvenues à rendre compte totalement du phénomène réglementaire en droit positif et qu'elles s'étaient épuisées très rapidement. La plupart des auteurs modernes se sont gardés de reprendre la question dans son ensemble. M. Vecl est presque le seul à avoir ébauché une théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif ». Mais sa démonstration demeure peu développée et débord largement les limites de notre problème.

L'échec passé, la carence actuelle s'expliquent aisément. Le caractère composite du pouvoir réglementaire condamne, croyons-nous, toute recherche d'une explication unitaire, fût-elle aussi large qu'autrefois, celle d'exécution des lois. Il nous semble avoir clairement montré que les diverses compétences issues de sources distinctes, répondant à des besoins différents, n'avaient que peu de points communs ; certaines conséquences liées à la nature générale et impersonnelle de l'acte réglementaire ou à la commune soumission à un régime de droit administratif sont le seul élément d'unité.

Toute généralisation condamne à la contradiction en raison de la persistance, côte-à-côte, de conceptions rigoureusement inconciliables. Ainsi, le règlement d'application tire sa force de sa soumission à la loi alors que le règlement de l'article 37 la tire de son autonomie vis-à-vis de la même loi. Les deux sont pourtant pris dans les mêmes formes par la même autorité. Ils sont souvent difficiles à distinguer et leurs domaines se chevauchent en fait.

Mais l'évolution politique et constitutionnelle depuis le début du ^{xx} siècle aboutit à un renforcement à peu près constant du pouvoir politique. En termes un peu plus nuancés, chaque crise développe l'emprise de la puissance publique sur les individus et sur la société et la période de stabilisation qui suit ne revient

que partiellement sur ce qui est acquis. Sur le plan technique, les compétences réglementaires des organes exécutifs et administratifs ne cessent de s'étendre et de se multiplier.

Cette observation permet d'aller un peu au-delà du procès-verbal de carence auquel nous semblions conduits. Parmi les différents aspects du pouvoir réglementaire certains ne sont plus que des survivances historiques : leur importance peut rester grande mais ils connaissent un déclin relatif (c'est le cas par exemple de l'exécution des lois). D'autres, au contraire, sont en plein progrès.

C'est parmi ces derniers qu'il faut chercher sinon une théorie générale, du moins des indications sur l'équilibre d'ensemble du pouvoir réglementaire : non seulement leur rôle est de plus en plus important, mais encore par leur présence et leur dynamisme ils contaminent les autres aspects.

Pendant un temps l'expansion du pouvoir réglementaire a semblé liée à sa dépendance envers la loi. Facteurs politiques (l'autorité du gouvernement était fonction de la confiance que lui accordait le « souverain parlementaire ») et facteurs techniques (procédé de l'habilitation légale) se conjugaient pour parvenir à ce résultat. Les autres aspects, notamment les pouvoirs autonomes, restaient relativement mineurs.

L'aboutissement de cette tendance en renverse les prémisses. Le souverain qui n'a pas su exercer ses pouvoirs, n'a pas su non plus conserver le contrôle de ceux qu'il déléguait. Le lien de dépendance a fait place à une autonomie croissante des autorités gouvernementales et administratives. La Constitution de 1958 fait apparaître au grand jour cette nouvelle orientation.

A l'heure actuelle, le pouvoir réglementaire exprime l'autonomie de l'Administration vis-à-vis des autres pouvoirs publics et son rôle dirigeant dans la politique nationale.

Les compétences où l'Administration dispose d'une large part de pouvoir discrétionnaire se multiplient et s'étendent au détriment des autres. Toutes les autorités administratives se voient reconnaître à des degrés divers des facultés autonomes d'organisation et de direction. Mais le gouvernement en bénéficie au premier chef avec l'habilitation générale à diriger l'Administration qui lui est reconnue par la Constitution.

Les pouvoirs de l'Administration apparaissent de plus en plus comme spontanés, inhérents à l'organisation sociale et politique, limités seulement de l'extérieur par d'autres pouvoirs.

Le pouvoir réglementaire est inhérent à tout pouvoir de commandement tant soit peu élaboré. Il est spontané et historiquement antérieur au pouvoir législatif. Cette théorie de « l'hétérolimitation » de l'Administration pouvait sembler discutable au moment où Hauriou la formulait. Elle est devenue vraie : le pouvoir législatif ne conditionne plus le pouvoir réglementaire du moins en règle générale. L'Administration s'est dégagée en

fait du contrôle parlementaire, et rien n'a été fait pour enrayer ce processus : la Constitution de 1958 confirme la mise à l'écart du pouvoir législatif plus qu'elle ne cherche à l'adapter aux besoins de la société contemporaine.

Le contrôle de légalité opéré par le juge a également pour but et pour effet de limiter l'autonomie de l'Administration. La doctrine le présente volontiers comme la règle cardinale de l'action administrative qui ne s'arrête que devant une appréciation d'opportunité. Elle considère que le pouvoir discrétionnaire de l'Administration dépend en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire du juge. En réalité l'autonomie de l'Administration est le fait premier. Le pouvoir discrétionnaire est inhérent à la fonction et à l'existence même de l'Administration. Le juge n'intervient qu'en second lieu et encore admet-il de laisser pratiquement incontrôlées de vastes zones de l'activité administrative. Il ne peut agir autrement sans s'ériger en chef hiérarchique pur et simple. En utilisant ses propres pouvoirs de création du droit, il tend à accroître le nombre et la précision des conditions de légalité des décisions administratives. Mais les habilitations accordées à l'Administration par les textes se font en même temps plus larges et plus vagues. Il est loin d'être certain que la soumission de l'Administration au contrôle du juge se soit accrue depuis une génération.

Cette thèse de l'autonomie croissante de l'Administration résulte en partie d'une illusion d'optique : le droit accepte de reconnaître certaines réalités permanentes qu'il niait ou cachait jusqu'alors, pour des raisons techniques ou idéologiques et la science politique relativise la portée du contrôle parlementaire par exemple.

L'évolution du droit public confirme pourtant la thèse de l'autonomie : non seulement les textes étendent les compétences de l'Administration mais encore ils renouvellent leur définition. Nous avons observé à plusieurs reprises que les pouvoirs de l'autorité administrative se définissaient en fonction de la mission qui lui était assignée, qu'ils étaient inhérents à la fonction. Loin de résulter d'une concession expresse, ils ne sont plus que des moyens au service d'une fin. Ce critère fonctionnel accroît l'autonomie de l'Administration car, tout naturellement, cette dernière tend à apprécier largement les moyens qui lui sont nécessaires pour remplir sa fonction et, du point de vue adopté, il n'existe pas de raison valable de s'opposer à ses revendications.

Cette orientation du droit public est générale. La police n'est plus le seul domaine où l'on se résigne à définir l'étendue d'une compétence par son but. Tout le pouvoir d'organisation est régi par le même principe et le pouvoir d'exécution des lois est aussi en partie contaminé avec la théorie des dispositions nécessaires à une bonne exécution.

Le pouvoir réglementaire n'échappe pas à cette tendance. Le

droit objectif et la loi, au sens général du terme, sont de plus en plus considérés comme des instruments de gouvernement, comme des moyens au service d'une politique. Le pouvoir réglementaire réalise cette « instrumentalisation » du droit : il devient de plus en plus le procédé normal d'édiction du droit objectif.

Ces nouveaux aspects du droit administratif sont la traduction juridique d'un fait social : la tendance de l'Administration à s'ériger en corps distinct et supérieur à l'ensemble de la société, la tendance à se constituer en organisme social spécialisé dans la fonction de direction et de contrôle, c'est-à-dire dans la fonction de commandement (1).

La conquête par l'Administration, et par chaque administration, de son autonomie, n'est pas un phénomène nouveau en France. Elle marque au contraire l'épanouissement de tendances séculaires : au terme de son étude sur le pouvoir d'action unitaire, M. Lefébure a pu montrer que la substance de la monarchie survit à travers l'Administration, corps juridique autonome mais limité.

L'autonomie du pouvoir politique en général est un fait permanent et irréductible. Celle de l'Administration proprement dite est sans doute favorisée par l'évolution technique, économique et sociale. Il est bon que le droit fasse preuve de réalisme et reconnaisse l'existence de ces faits. Mais dans une société de plus en plus politisée (en ce sens que de plus en plus les problèmes sont posés et résolus sur le plan politique et administratif), l'autonomie croissante de la fonction administrative et du corps qui l'incarne devrait susciter davantage la réflexion. Or, il ne semble pas que beaucoup d'efforts sérieux soient faits pour explorer effectivement d'autres voies possibles d'évolution.

(1) La spécialisation des fonctions, règle d'or d'une société technicienne explique que la même tendance se retrouve au sein même de l'administration et pousse à sa fragmentation. Ce correctif est important, car il éloigne le spectre du totalitarisme bureaucratique.

BIBLIOGRAPHIE

DES PRINCIPAUX OUVRAGES CITES

GENERALITES

OUVRAGES

- AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif* 1962.
CARRE DE MALBERG, *Théorie générale de l'Etat* 1920.
DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2^e éd., 1921.
HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 12^e éd., 1933.
JEZE, *Principes généraux du Droit Administratif*, 3^e éd.
DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 2^e et 3^e éd.
MOREAU, *Le règlement administratif*, 1902.
PRELOT, *Droit administratif*, Dalloz 1962, 2^e éd.
STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, 1954.
VEDEL, *Droit Administratif*, 2^e éd., 1960.
WALINE, *Droit Administratif*, 9^e éd., 1962.

PREMIERE PARTIE

OUVRAGES

- BONNARD, *Précis de Droit administratif*, 1940.
BOURRICAUD, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*.
BURDEAU, *Traité de Science Politique*.
CARRE DE MALBERG, *Théorie de la formation du droit par degrés*.
J.J. CHEVALIER, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*.
CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, Thèse Lettres, Paris 1964.
DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz 1963.
DURAND et JAUSSAUD, *Traité de droit du Travail*.
FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1933.
LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires*, Poitiers, Thèse 1964.
LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels en droit français*, Thèse, Paris 1933.
LAUBADERE, *Traité des contrats administratifs*, 1956.
LEFEBURE, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit français et anglais*, Thèse, Paris 1957.
MATHIOT, *Le régime politique britannique*, 1955.
OGG et RAY, *Le gouvernement des Etats-Unis*.
QUERMONNE, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques*, Thèse, Caen 1951.
RENARD, *Théorie de l'institution*, 1930.
RIVERO et SAVATIER, *Droit du Travail*, Thémis 1956.
A. et S. TUNG, *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*.

ARTICLES ET NOTES

- AUBY, *Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958*, A.J.T.A. 1959.I.101.
BLUM, (conclusions), C.E., 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, S. 1917.315.
(conclusions), C.E., 11 mars 1910, Compagnie française des Tramways L. 223.
BRUN, *L'extension des conventions collectives du travail en jurisprudence*, D.S. 1960.644.
CATHELINIEAU (note), T.A., Bordeaux 17 octobre 1962, Fromont c/ ville de Bordeaux, D. 1963.575.
DUFAY, (note), C.E., 9 avril 1954, Derisbourg, J.C.P. 1955.II.8481.
DURAND, *Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives. Les effets de l'arrêté d'extension*, D.S. 1956.214.

- FROMONT, Le contrôle juridictionnel des actes administratifs en Allemagne, A.J.D.A. 1964.604.
- FOURNIER, (conclusions), C.E., 13 janvier 1961, Magnier, R.D.P. 1961.54.
- GROS, (note), Conseil de préf. Marseille, 16 janvier 1936, Blanc c/ ville de Marseille, D. 1937.35.
- HAURIOT, (note), C.E., 28 juin 1918, Heyries, S. 1922.3.49.
- HEUMANN, (conclusions), C.E., 7 novembre 1958, Société des Eaux de Madagascar et territoire de Madagascar c/ Nicola, L. 530.
- J.T., Le contrôle juridictionnel des actes préalables au référendum, A.J.D.A. 1961.672.
- J. LEFERRIERE, Le pouvoir réglementaire du Président des Etats-Unis d'Amérique, Mélanges CARRE DE MALBERG, 1933.
- LAURENT, (conclusions), C.E., 15 juillet 1954, Société des aciéries et forges de Saint-François, R.P.D.A. 1954.205.
- LEAUTE, Les contrats-types. Revue trimestrielle de droit civil, 1953.429.
- MASPETIOL, Le pouvoir réglementaire des organisations professionnelles. Etudes de droit contemporain, tome IV.
- MOSSET, (conclusions), C.E., 5 février 1954, Association EL HAMIDIA, J.C.P. 1954.II.8136.
- NICOLAY, (conclusions), C.E., 4 mars 1960, S.A., Le peignage de Reims, D.S. 1960.274.
- ODENT, (conclusions), C.E., 5 mai 1943, Compagnie générale des eaux, D.C. 1944, J.P. 121.
- PETOT, Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français, R.D.P. 1965.369.
- PUISOYE Jacques, Pour une conception plus restrictive de la notion d'actes de gouvernement, A.J.D.A. 1965.211.
- Etat actuel de la jurisprudence de l'acte de gouvernement, J.C.P. 1965.I.1939.
- PACTET, (note), C.E., 16 mars 1963, Compagnie des tramways électriques d'Oran, D.S. 1963.80.
- RIVERO, La convention collective et le droit public français. Revue économique 1961.15.
- STILLMUNKES, La classification des actes ayant force de loi en droit public français, R.D.P. 1964.261.
- VEDEL, (note), C.E., 23 janvier 1953, Audoin, J.C.P. 1954.7911.
- VIROLLE, (note), C.A. Paris, 14 juin 1960 (déclaration d'utilité publique) Cahiers juridiques, E.G.D.F. 1961.15.
- WEIL, (note), C.E., 18 décembre 1959, Société des films Lutetia, D. 1960.17.
- Chronique générale de la jurisprudence : C.E., 28 juin 1957, Sieur X, A.J.D.A., 1957.2.391.

DEUXIEME PARTIE — TITRE I

OUVRAGES

- AUCOC, Conférences sur le Droit Administratif, 1869.
- BONNARD, Précis de Droit Administratif.
- CAPITANT, Principes généraux du Droit Public, cours de D.E.S. de Paris, 1955.1956.
- DUVERGER, Droit constitutionnel, 5^e éd.
- ESMEIN, Eléments de Droit constitutionnel, 8^e éd. 1928.
- GROUX, Notes et études documentaires n° 2908 et 2959. Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958.
- LACHAUME, La hiérarchie des actes administratifs exécutoires, Thèse, Poitiers 1964, précitée.
- LEFEBURE, Thèse, Paris 1957, précitée.
- LINO DI QUAL, Le pouvoir réglementaire du chef de l'Etat sous la V^e Répu-

- blique, Naissance et disparition de la notion de domaine réservé, Mémoire D.E.S. 19 avril 1964.
- MODERNE, Les prérogatives de puissance publique, Thèse, Bordeaux 1961.
- QUERMONE, L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques, Thèse Caen 1952, précitée.

DEUXIEME PARTIE — TITRE I
NOTES, ARTICLES ET CONCLUSIONS

- AUBY, Le régime juridique des avis dans la procédure administrative, A.J.D.A. 1956, p. 56 et s.
- Note sous C.E., 13 juillet 1962, Kevers-Fascalis, D. 1963.506.
- BARALE, Tableau récapitulatif des mesures intervenues en vertu de l'article 16 de la Constitution, R.D.P. 1961.1249.
- BERLIA, La convocation d'une session extraordinaire du Parlement et la nature du régime, R.E.P. 1960.303.
- Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application, R.D.P. 1962.288.
- BRAIBANT, Conclusions sous C.E., 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins, R.D.P. 1962.735.
- CHAPUS, De la soumission au droit des règlements autonomes, D. 1960, chr 119.
- CHARLIER, Note sous C.E., 22 mars 1944, Vincent, S. 1945.3.53.
- Chronique générale de jurisprudence, A.J.D.A.
- chronique sous C.E., 27 avril 1962, Sicard et autres.
- chronique sous C.E., 27 avril 1962, Syndicat national des élèves-conseillers et conseillers au travail et à la législation sociale, A.J.D.A. 1962.295.
- chronique sous C.E., 1^{er} décembre 1961, Pilet, A.J.D.A. 1962.14.
- chronique sous C.E., 25 janvier 1963, Lemaesquier, A.J.D.A., 1963.100.
- chronique sous C.E., 8 décembre 1954, Société Robert Delavennat et autres, A.J.D.A. 1964.425.
- commentaires sur les décrets réformant l'administration départementale et régionale, A.J.D.A. 1964.260.
- COHEN, La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative aux domaines de la loi d'après l'article 34, R.D.P. 1963.745.
- DEBBASCH, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution, J.C.P., 1962.1.1701.
- DE SOTO, La loi et le règlement dans la Constitution de 1958, R.D.P. 1959.240.
- DONNEDIEU DE VABRES, Décrets-lois et pouvoir réglementaire, D. 1949, chr. 5.
- L'article 13 et les décrets-lois, D. 1958, chronique 137.
- DRAGO, Note sous C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, S. 1959.202.
- EMERI, Vie et droit parlementaires : la ratification parlementaire des modifications apportées par voie réglementaire au tarif des droits de douanes et l'article 34 de la Constitution, R.D.P. 1964, pp. 108.117.
- EISENMANN, Le droit administratif et le principe de légalité, E.D.C.E. 1957.
- ETTORI, Conclusions sous C.E., 2^e avril 1929, Syndicat « l'union des voies ferrées et des transports automobiles », R.D.P. 1929.319.
- FOURNIER, Conclusions sous C.E., 2^e juin 1959, Syndicat des ingénieurs-conseils, R.D.P. 1959.204.
- Conclusions sous C.E., 18 mai 1960, Karle, L. 333.
- GALABERT, Conclusions sous C.E., 10 juin 1966, Pelon et autres, A.J.D.A. 1966.492.
- HAMON, (et Cl. EMERI), Vie et droit parlementaires : La ratification parlementaire des modifications apportées par voie réglementaire au tarif des droits de douanes et l'article 34 de la Constitution, R.D.P. 1964, pp. 108-117.
- note sous C.C., 27 novembre 1959, D. 1960, p. 533.

- les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière, D. 1960, chronique 253.
- note sous C.C., 3 mai 1961, S. 1961.349.
- la distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de Sécurité Sociale, de droit syndical et de droit du travail, Droit Social 1964.407.
- note sous C.C., 18 juillet 1961, D. 1961.541.
- note sous C.C., 27 novembre 1959, D. 1960.533.
- note sous C.C., 7 avril 1960 (principes fondamentaux de la Sécurité Sociale), D. 1960.668.
- note sous C.C., 11 août 1960, D. 1960.470.
- A propos de l'article 16, quelques questions juridiques, A.J.D.A. 1961.663.
- HAURIQU, note sous C.E., 17 juillet 1925, Association du personnel de la Banque de France, S. 1925.3.33.
- note sous C.E., 2 décembre 1892, Mogambury, Lebon, 838, S. 1894.3.97.
- HENRY, conclusions sous C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, R.D.P. 1962.288.
- HEUMANN, conclusions sous 28 octobre 1960, Martial de LABOULAYE, A.J.D.A. 1961.II.20.
- HOMONT, note sous C.E., 11 janvier 1963, Syndicat national des administrateurs de la France d'Outre-mer, A.J.D.A. 1963.289.
- JEANNEAU, note sous C.E., 10 mars 1961, Union départementale des Associations Familiales de Haute-Savoie; incidence de la mesure d'application sur l'entrée en vigueur de l'acte initial, D.S. 1962.203.
- J. G., note sous C.E., 22 mars 1947, Ministre des Finances contre Galeries Barbès, D. 1948.349.
- JOUVIN, conclusions sous C.E., 21 février 1958, Fédération Nationale des Travailleurs du sous-sol et Cayrol, Lebon 122.
- KAHN, conclusions sous C.E., 12 février 1960, Société Eky, Lebon 101, Sirey 1960.131.
- LAGRANGE, conclusions sous C.E., 3 décembre 1937, Willmann, Sirey 1938.3.II.
- LAMARQUE, la théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution, R.D.P. 1961.623.
- LANDRON, conclusions sous C.E., 1^{er} juin 1956, Société approvisionnement livraison, vente et publicité, A.J.D.A. 1956.335.
- LAUBADERE, Des pleins pouvoirs au demi-décrets-lois, D. 1952, chr. 35.
- L'HUILLIER, note sous C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-conseils, D. 1959.541.
- La délimitation des domaines de la loi et du règlement, D. 1959.173.
- note sous C.E., 12 février 1960, Société Eky, D. 1960.263.
- LIET-VAUX, note sous C.E., 1^{er} février 1963, Syndicat National du Personnel des Organismes d'Assurances, R.A. 1963, p. 40.
- LOUIS-LUCAS, La loi, D. 1964, chr. 197.
- MIGNON, Une technique législative d'exception, D. 1948, chr. 141.
- MONTANE DE LA ROQUE, L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960, Mélanges Maury, tome 2, p. 199.
- MORANGE, La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958, D. 1959, chr. IV.
- Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16, D. 1962, chr. 109.
- ODENT, conclusions sous C.E., 26 octobre 1945, Mattei, E.D.C.E. 1947.1948.
- ORDONNEAU, conclusions sous C.E., 27 avril 1962, Sicard, A.J.D.A. 1962.295.
- PINTO, La loi du 17 août 1948, R.D.P. 1948.517.
- ROMIEU, conclusions sous C.E., 2 décembre 1892, Mogambury, L. 838, S. 1894.3.97.
- conclusions sous C.E., 4 mai 1906, Babin, D.P. 1908.3.7.
- ROSSILLON, note sous C.E., 12 décembre 1953, Confédération nationale des associations catholiques des chefs de famille, D. 1954.511.

- SFEZ, Une survivance : le règlement d'administration publique, Etudes de droit public, Cujas 1963.
- THERY, De la situation juridique des fonctionnaires civils de l'Etat dont le statut particulier peut déroger au statut général, A.J.D.A. 1962.603.611.
- TOUSCOZ, La notion d'ordonnance, Etudes de droit public, pp. 217.248.
- VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E., n° 8, p. 21 et s.
- Les bases constitutionnelles du droit administratif, Thémis, droit administratif 1961, pp. 9-44.
- note sous C.E., 12 février 1960, Société Eky, J.C.P. 1960.II.11629 bis.
- VINCENT, De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, A.J.D.A. 1965.564.
- WALINE, Les rapports entre la loi et le règlement, R.D.P. 1959.699.
- note sous C.E., 25 octobre 1957, Duval, R.D.P. 1958.512.
- note sous C.C., 27 novembre 1959 et autres, R.D.P. 1963.1011.

DEUXIEME PARTIE — TITRE II

OUVRAGES GENERAUX

- BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e éd.
- BONNEAUD-DELAMARE, *Les attributions juridiques des préfets et sous-préfets*.
- BURDEAU, *Traité de science politique*, précité.
- CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés* (précité).
- CASTAGNE, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, L.G.D.J.
- FELIX, *Les administrateurs de la commune*.
- KLEIN, *La police du domaine public*, L.G.D.J. 1966.
- LACHAUME, thèse précitée.
- J. L. MARTRES, *Les caractères généraux de la police économique*, Thèse, Bordeaux 1964.
- MORGAND, *Commentaire de la loi municipale*, éd. 1952.
- NGUYEN VAN BONG, *Décision exécutoire et décision faisant grief*, Thèse, Paris 1960.
- ODENT, *Contentieux administratif cours I.E.P. de Paris*.
- RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, Thèse, Paris 1934.
- PH. TEITGEN, *La police municipale*, Thèse, Nancy 1934.

NOTES, ARTICLES, CONCLUSIONS.

- BERTRAND, conclusions sous C.E., 29 mai 1964, Boyreau et Labaille-Moresmau, Droit fiscal, 1964, n° 28.
- BERNARD, conclusions sous C.E., 19 avril 1961, U.N.A.P.E.L. - R.D.P. 1961.1271.
- BRAIBANT, chronique, A.J.D.A. 1957.II.391.
- CHARLIER, Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives, J.C.P. 1954.I.1169.
- CHENOT, conclusions sous C.E., 10 novembre 1944, Langneur, D. 1945, J.P. 88.
- CORNEILLE, conclusions sous C.E., 24 février 1921, Watine Lotthé, S. 1913.3.116.
- FOURGOUX, Répression des fraudes, La réglementation par voie de circulaire, G.P. 1963, 2^e semestre doctrine, p. 43.
- FOURNIER, chronique, A.J.D.A. 1957.II.391.
- HAURIQU, note sous C.E., 2 décembre 1892, Mogambury, Lebon 838, S. 1894.3.97.

- note sous C.E., 3 décembre 1897, Ville de Dax, S. 1898.3.145.
- note sous C.E., 4 février 1898, et C.E., 18 mars 1898, Nonalhier, S. 1899.3.1
- note sous C.E., 9 mars 1900, Héritiers Boucher D'Argis, S. 1901.3.1.
- note sous T.C., 22 avril 1910, Préfet de la Côte d'Or contre Abbé.
- PIMENT, S. 1910.3.129.
- HUET, note sous C.E., 29 décembre 1944, Union de la propriété bâtie, S. 1947.3.5.
- LALUMIERE, note sous C.E., 29 mai 1964, Boyreau et Labaille-Moresmau, R. S.F. (Revue de science financière) 1965.89.
- LAMARQUE, note sous C.E., 23 décembre 1959, Freyssinet et U.N.E.F., S. 1960.227.
- LETOURNEUR, conclusions sous C.E., 10 août 1947, Laugier, S. 1948.3.86.
- LEVANTHAL, L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives, D. 1954, chr. 99.
- LIET-VAUX, Le cloaque des délégations de signature, R.A. 1949.581.
- MERIC, conclusions sous C.E., 28 juin 1957, Sieur X., R.D.P. 1957.1072.
- M. L., note sous C.E., 6 novembre 1953, Dame Boisson, D.S. 1954.113.
- PUISOYE, Une réforme souhaitable la simplification des règles de délégation de signature des Ministres, R.A. 1962.373.
- QUERMONNE, note sous C.E., 6 juillet 1956, F.D.S.E.A. de Seine-et-Oise, D. 1958.178.
- note sous C.E., 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, D. 1958.178.
- ROMIEU, conclusions sous C.E., 2 décembre 1892, Mogambury, L. 838, S. 1894.3.97.
- RIVERO, Le Maire exécuter des délibérations du Conseil Municipal, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937.535.
- TOURDIAS, Les circulaires fiscales, J.C.P.E.N. 1961, n° 1620.
- TRICOT, conclusions sous C.E., 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kriesker, R.P.D.A. 1954.50.
- WALINE, note sous Cass. Crim. 11 février 1951, R.D.P. 1951.497.
- note sous C.E., 12 novembre 1954, Dame CALDERON, R.D.P. 1955.391.
- Chr. sous C.E., 29 mars 1957, Duval, R.D.P. 1957.947.
- Chronique générale de jurisprudence : La circulaire Fontanet et les critères du caractère réglementaire des circulaires, A.J.D.A. 1961.329.

DEUXIEME PARTIE — TITRE III

OUVRAGES GENERAUX

- CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...* 1933.
- CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, Thèse, Paris 1964.
- FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*. Traduction de M. EISENMANN, 1933.
- RENARD, *Théorie de l'institution*.
- RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, Thèse, Paris 1934.
- TEITGEN, *La police municipale*, Thèse, Nancy 1934 (précitée).

DEUXIEME PARTIE — TITRE III

CHRONIQUES, NOTES, ARTICLES

- AUBY, Le régime juridique des avis dans la procédure administrative, A.J. D.A. 1956.53.
- CADOUX, La procédure consultative, Annales de la Faculté de Lyon, 1960.
- CORNEILLE, conclusions sous C.E., 17 février 1922. Association professionnelle de la préfecture de police, R.D.P. 1922.239.

- CROZIER, De la bureaucratie comme système d'organisation. Archives européennes de sociologie, 1961, n° 1, p. 1850.
- DURAND, note sous Cass. Sociale, 16 juin 1945, D.S. 1946.427.
- FOURNIER, conclusion sous C.E., 13 janvier 1961, Magnier, R.D.P. 1961.155
- GARIN, Orientations récentes de la jurisprudence en matière de grève dans les Services Publics, A.J.D.A. 1966.267.
- HAURIU, note sous C.E., 22 mars 1912, Le Moign, S. 1913.3.105.
- note sous C.E., 28 juin 1918, Heyriès, S. 1922.3.46.
- note sous C.E., 2 décembre 1892, Mogambury, S. 1894.3.97, précité.
- LECLERCQ, note sous C.E., 1^{er} janvier 1962, Bernadet et autres, D. 1962.202.
- MOSSET, conclusions sous C.E., 26 octobre 1956. Association des administrateurs civils, R.D.P. 1956.1309.
- ORDONNEAU, conclusions sous C.E., 10 novembre 1961, Sieur MISSA et Association « les résistants de la R.T.F. », A.J.D.A. 1962.40.
- RIVERO, note sous C.E., 7 février 1936, Jamart, S. 1937.3.113.
- ROMIEU, conclusions sous C.E., 2 décembre 1892, Mogambury, S. 1894.3.97, précité.
- TRICOT, conclusions sous C.E., 23 janvier 1954, Institution N.D. de Kriesker, R.P.D.A. 1954.50.
- WALINE, note sous C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, R.D.P. 1950.650.
- note sous C.E., 7 janvier 1955, Andrianiseza, R.D.P. 1955.709.
- X, Les commissions du Conseil municipal et du Conseil général, A.J.D.A. 1962.164.

TROISIEME PARTIE

OUVRAGES GENERAUX

- AUBERT, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris 1937.
- BONNARD, précis, 4^e éd., précité.
- COHEN, *La loi et le règlement*, Thèse, Paris 1903.
- DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*.
- FENET, *Le règlement préalable à la décision individuelle*, Thèse, Dijon 1937.
- GASQUET, *La nature juridique du RAP*, Thèse, Paris 1912.
- IMBERT, *L'évolution de REP de 1872 à 1900*.
- MONTANE DE LA ROGUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Thèse, Paris 1950.
- ODENT, *Cours de contentieux adm.* 1959.54 (I.E.P. Paris).
- TEITGEN, *La police municipale*, Thèse, Nancy 1934.
- VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Thèse Paris.
- WALINE, *Cours de doctorat*, 1952.53.
- WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris 1952.

TROISIEME PARTIE

NOTES, ARTICLES ET CONCLUSIONS

- ALIBERT, note sous C.E., 19 janvier 1930, Despujol, S. 1930.3.41.
- ARRICHI DE CASANOVA, Les quasi-contrats du plan, D.S. 1955.341.
- AUBY, note sous T.C., 5 juillet 1951, Avranches et Desmarêts, S. 1952.3.1.
- L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois, J.C.P. 1953.1.1080.
- L'incompétence *ratione temporis*, R.D.P. 1953.5.
- Le régime juridique des avis dans la procédure administrative, A.J. D.A., 1956, n° 3.
- La procédure administrative non contentieuse, D. 1956, chr. VIII.
- L'influence du changement des circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux, R.D.P. 1959.431.

- La réglementation administrative du stationnement des véhicules automobiles sur les voies publiques, D. 1962, chr. 83.
- note sous C.E., 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, D. 1963.606.
- L'obligation pour l'administration de mettre fin à une situation il-légale créée par un particulier ou par elle-même. Note sous C.E., 2 décembre 1960, Dame Lefranc, D. 1962.5.
- Les renonciations au bénéfice de la loi en droit public français. Tra-vaux de l'association H. CAPITANT XIII 1963.511-537.
- note sous C.E., 27 novembre 1964, Veuve RENARD, D. 1965.632.
- BATAILLER, Une nouvelle technique d'économie concertée : les quasi-contrats pour l'exécution du plan, R.S.F. 1964.37.
- BERNARD, Conclusions sous C.E., 23 octobre 1959, Doublet, R.D.P. 1959.1235.
- Conclusions sous C.E., 6 octobre 1961, UNAPEL, R.D.P. 1961.1271.
- BIASCA, Les dérogations aux lois et règlements, G.P. 24-27 décembre 1966, doctrine.
- BONNARD, note sous C.E., 23 janvier 1931, Garcin, S. 1931.3.97.
- note sous C.E., 3 juillet 1931, Ville de Clamart, S. 1932.3.1.
- CHAPUS, De la soumission au droit des règlements autonomes, D. 1960, chr. 119.
- De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles..., D.S. 1966, chr. 99.
- COMBARNOUS, Conclusions sous C.E., 12 janvier 1962, Canton, A.J.D.A. 1962.234.
- DEVOLVE, Conclusions sous C.E., 1^{er} décembre 1950 (2 arrêts), S. 1951.3.39.
- DONNEDIEU DE VABRES, Conclusions sous C.E., 25 juin 1954, Syndicat na-tional de la meunerie à seigle, D. 1955.49.
- EISENMANN, Le droit administratif et le principe de légalité, E.D. C.E. 1957.
- FREJAVILLE, note sous T.C., 30 octobre 1947, Barinstein, J.C.P. 1947.3.3966.
- GALABERT et GENTOT, note sous C.E., 13 juillet 1962, Arnaud, A.J.D.A. 1962.545.
- GAZIER, Conclusions sous C.E., 16 juin 1950, Etabl. Batle, L. 370.
- GREVISSE, Conclusions sous C.E., 15 juillet 1954, Comité de défense des experts-comptables, D.S., 1955.73.
- HAURIU, note C.E., 9 mars 1900, Héritiers Boucher d'Argis, S. 1901.3.1.
- note C.E. 6 décembre 1907, Cie des chemins de fer de l'Est, S. 1908.3.1.
- note C.E., 19 nov. 1909, Zeilabadine, S. 1910.3.1.
- note T.C., 22 avr. 1910, Préfet de la Côte d'Or / Abbé PIMENT, S. 1910.3.129.
- note C.E., 10 mai 1912, Abbé BOUTEYRE, S. 1912.3.145.
- note T.C., 16 juin 1923, Septfonds, S. 1923.3.49.
- C.E., 17 juil. 1925, Association du personnel de la Banque de France, S. 1925.3.33.
- HEILBRONNER, Conclusions sous C.E., 10 mai 1912, Abbé BOUTEYRE, S. 1912.3.145.
- HERZOG, La loi et le RAP, R.D.P. 1938.647.
- HEUMANN, Conclusions sous C.E., 26 oct. 1962, Olivier, R.D.P. 1963.79.
- JEANNEAU, note sous C.E., 10 mars 1961, précité, D.S. 1962.203.
- Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » la responsabilité du fait des règlements légalement pris, Mélanges Savatier, 1965.375.
- JEZE, article à la R.D.P. 1908.48.
- note sous C.E., 9 mai 1913, Roubeau, R.D.P. 1913.685.
- note sous C.E., 14 mars 1924, Cie des messageries fluviales de Cochin-chine, R.D.P. 1924.230.
- note sous C.E., 28 avril 1939, Cie des chemins de fer de l'Ouest, R.D.P. 1940.58.
- JOSSE, Conclusions sous C.E., 28 avril 1939, précité R.D.P. 1940.58.
- note sous C.E., 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'Intérieur, D. 1961.II.668.
- KAHN, Conclusions sous C.E., 30 juin 1961, précité, A.J.D.A. 1961.646.

- Conclusions sous C.E., 27 janv. 1961, Vannier, L. 64.
- LAGRANGE, Conclusions sous C.E., 24 juil. 1936, Syndicat de défense des grands vins de la Côte d'Or, D.P. 1937.3.41.
- LAMARQUE, note sous Trib. de police de Brest 26 sept. 1960, D. 1961.500.
- LAURE, La planification urbaine en France. Revue de l'action populaire, 1963.171.
- LAVROFF, note sous C.E., 23 oct. 1959, Doublet, D. 1960.191.
- LETOURNEUR, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de Conseil d'Etat, E.D.C.E., 1951.19.
- MAZERAT, Conclusions sous C.E., 14 mars 1924, Cie des messageries fluviales de Cochinchine, R.D.P. 1924.230.
- MEURISSE, note sous Trib. de grande instance de Verdun, 12 fév. 1965, D. 1965.421.
- MEGRET, De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire, E.D.C.E., 1953.77.
- MESTRE, note sous C.E., 24 juillet 1942, Piron, S. 1943.3.1.
- MOREAU, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une tech-nique d'ordre contractuel, A.J.D.A. 1965.1.3.
- P. L. J., note sous C.E., 16 janv. 1930, Despujol, D. 1930.3.16.
- note sous C.E., 30 oct. 1947, Barinstein, J.C.P. 1947.3.3966.
- QUERMONNE, Les effets de la planification au niveau de l'appareil politique et de l'ordonnement juridique. Rapport au colloque de la F.N. S.P., Grenoble 1963.
- RIVERO, Rapport sur les motions d'égalité et de discrimination en droit public français. Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, p. 343.
- RIVER, Conclusions sous C.E., 24 juil. 1934, Société Van Outryve, R.D.P. 1934.629.
- SEGALAT, Conclusions sous C.E., 24 juil. 1942, Piron, S. 1943.3.1.
- TARDIEU, Conclusions sous C.E., 6 déc. 1907, Cie des chemins de fer de l'Est, S. 1908.3.3.
- TEITGEN, note sous C.E., 4 janv. 1935, Dame BARON, S. 1936.3.25.
- VEDEL, De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, J.C.P. 1948.1.682.
- WALINE, note sous C.E., 24 juil. 1936, Synd. de défense des grands vins de la Côte d'Or, D.P. 1937.3.41.
- note sous T.C., 30 oct. 1947, Barinstein, R.D.P. 1948.86.
- note sous C.E., 4 juil. 1952, Commune de Rochereau, R.D.P. 1953.725.
- X, Une loi est-elle applicable malgré l'absence des textes d'application ? Revue des Finances Communales 1967.111.

ANNEXES

Constitution du 4 octobre 1958 (extraits)

Article 13. — Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres.

Article 16. — Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Article 19. — Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1^{er} alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier Ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables.

Article 20. — Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation.

Il dispose de l'administration et de la force armée.

Il est responsable devant le Parlement dans les conditions suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50.

Article 21. — Le Premier Ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense Nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires.

Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.

.....

Article 22. — Les actes du Premier Ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution.

Article 34. — La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense Nationale ;
- de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

Article 37. — Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.

Article 38. — Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

Article 41. — S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est au contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.

Article 47. — Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique.

.....
Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance.
.....

Article 61. — Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre ou le Président de l'une ou l'autre assemblée.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation.

Article 62. — Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application.

Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

ABREVIATIONS USUELLES UTILISEES DANS LE TEXTE ET LA BIBLIOGRAPHIE.

A.J.D.A.	: Actualité Juridique - Droit Administratif.
C.C.	: Conseil Constitutionnel.
Cass.	: Cour de Cassation.
C.E.	: Conseil d'Etat.
D.	: Recueil Dalloz.
D.S.	: Droit Social.
E.D.C.E.	: Etudes et Documents du Conseil d'Etat.
G.P.	: Gazette du Palais.
J.C.A. (fasc.)	: Juris-classeur Administratif (fascicule).
J.C.P.	: Juris-classeur périodique. Semaine Juridique.
L.	: Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon).
R.A.	: Revue administrative.
R.D.P.	: Revue du Droit public et de la Science politique.
R.P.D.A.	: Revue pratique de Droit Administratif.
R.S.F.	: Revue de Science Financière.
S.	: Recueil Sirey.
T.A.	: Tribunal administratif.
T.C.	: Tribunal des conflits.

Table des Matières

INTRODUCTION GENERALE	7
PREMIERE PARTIE	
LA NOTION DE POUVOIR REGLEMENTAIRE.....	19
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les aspects sociologiques du pouvoir réglementaire</i>	21
Section 1. — Le pouvoir réglementaire et l'institutionnalisation du pouvoir	22
Section 2. — La généralité du phénomène réglementaire dans les relations sociales	24
Section 3. — La valeur idéologique de la règle impersonnelle	26
Section 4. — La place éminente de la règle impersonnelle dans le phénomène bureaucratique	31
CHAPITRE II. — <i>Le choix d'une hypothèse de travail</i>	37
Section 1. — Le pouvoir réglementaire en droit comparé	38
§ 1. Le pouvoir réglementaire en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis	39
§ 2. Le pouvoir réglementaire dans le système juridique allemand	41
Section 2. — Les discussions doctrinales sur la nature juridique du pouvoir réglementaire	44
§ 1. Le pouvoir réglementaire selon DUGUIT	45
§ 2. « La vraie notion de règlement administratif selon le droit positif » d'après CARRE DE MALBERG	48
§ 3. Le pouvoir réglementaire selon HAURIOU	50
Section 3. — Le choix d'une conception neutre et extensive du pouvoir réglementaire	53
§ 1. Les raisons du choix	53
§ 2. Les conséquences du choix	56
CHAPITRE III. — <i>La notion juridique de règlement administratif</i>	59
Section 1. — Le caractère décisoire du règlement administratif ..	59
§ 1. Les conséquences du caractère décisoire du règlement	60

§ 2. Le pouvoir réglementaire n'est pas par lui-même une prérogative de puissance publique	61
Section 2. — Le caractère général et impersonnel du règlement ..	64
§ 1. Le critère de généralité et d'impersonnalité	64
§ 2. La mise en œuvre du critère de distinction	66
A - Le règlement se définit par son impersonnalité	66
B - Le règlement se définit par opposition aux actes individuels et particuliers	68
— Les mesures visant un bien particulier	69
— Les mesures d'organisation et de fonctionnement d'un service public	71
C - L'impersonnalité du règlement se définit par ses effets juridiques directs	71
§ 3. La valeur de la distinction	73
Section 3. — Le caractère public	75
§ 1. Le problème des pouvoirs réglementaires du droit privé ..	76
A - Le refus de reconnaissance par le droit de pouvoirs réglementaires privés	76
B - Les pouvoirs réglementaires de droit privé consacrés par le droit	78
§ 2. Les règlements édictés par des autorités publiques classiques ..	80
A - Le caractère réglementaire de tous les actes généraux et actes particuliers	80
B - La différence de critère entre actes généraux et actes particuliers	81
C - Les conséquences de la différence de critère	82
§ 3. Les règlements édictés par d'autres personnes que les personnes publiques classiques	84
A - La dissociation des notions de personne publique et d'acte administratif	85
B - Le critère de l'acte administratif	86
C - Le champ d'application du critère	87
D - Les conséquences sur le plan du pouvoir réglementaire ..	87
Section 4. — Le caractère administratif du règlement	88
§ 1. La définition du régime administratif	89
§ 2. L'étendue du régime administratif	90
A - Les actes législatifs	90
B - Les actes parlementaires	91
C - Les actes juridictionnels	92
D - Les actes de gouvernement	93
Conclusion	95
CHAPITRE IV. — Les aspects réglementaires des contrats	97
Section 1. — Les clauses réglementaires des contrats	99
§ 1. La nature juridique de l'acte de concession	100
§ 2. Le régime juridique de l'acte de concession	102
§ 3. La place du pouvoir réglementaire dans la concession de service public	104
Section 2. — Les contrats-types	106
§ 1. Le caractère réglementaire des contrats-types	107

A - La conception classique des contrats-types	108
B - La valeur juridique des clauses-types	109
C - La position de la jurisprudence contemporaine	112
— Les contrats-types élaborés par l'administration non-contractante	112
— Les contrats-types élaborés par l'administration contractante	115
§ 2. La dénaturation du pouvoir réglementaire dans les contrats-types	117
A - L'intégration des clauses-types dans un contrat	118
B - L'influence du facteur contractuel sur l'entrée en vigueur des clauses-types	119
C - L'influence du facteur contractuel sur le contenu des clauses-types	121
Section 3. — Les aspects réglementaires des conventions collectives ..	125
§ 1. L'élément réglementaire dans la convention collective	126
§ 2. L'élément réglementaire dans l'extension de la convention collective	128
Conclusion	130

DEUXIÈME PARTIE

LES AUTORITES DCTEES DU POUVOIR REGLEMENTAIRE.... 133

TITRE PREMIER

LA COMPETENCE EN MATIERE REGLEMENTAIRE
FONDEE SUR UN TITRE CONSTITUTIONNEL 135

CHAPITRE PREMIER. — La constitution et le pouvoir réglementaire ..	137
Section 1. — Les compétences réglementaires fondées sur la constitution	139
§ 1. L'article 16 et les pouvoirs de temps de crise du Président de la République	139
§ 2. L'article 38 et le pouvoir de légiférer par ordonnance	141
1°) Nature juridique des ordonnances	142
2°) Régime juridique des ordonnances	144
§ 3. Les autres catégories d'ordonnances	146
1°) Les ordonnances de l'article 47, 3° alinéa	146
2°) Les ordonnances de la loi du 13 avril 1962	147
§ 4. Les pouvoirs réglementaires ordinaires et permanents	147
Section 2. — Les titulaires des pouvoirs réglementaires fondés sur la constitution	147
§ 1. La compétence du Premier Ministre	148
§ 2. La signature du Président de la République	150
§ 3. Le contreseing des ministres	153
Conclusion	156
CHAPITRE II. — Le pouvoir réglementaire d'exécution des lois	157
Section 1. — Evolution historique du pouvoir d'exécution des lois ..	158
§ 1. La formation du pouvoir réglementaire	158

§ 2. Le maintien du pouvoir réglementaire d'exécution des lois dans la Constitution de 1958	161
Section 2. — Le champ d'application du pouvoir d'exécution des lois	167
§ 1. L'exécution des lois ne définit plus la fonction exécutive	167
§ 2. L'exécution des lois peut et doit être étendue restrictivement	171
§ 3. Les lois dont l'exécution est faite par règlements complémentaires	172
Section 3. — La portée du pouvoir d'exécution des lois	174
§ 1. La portée de l'exécution des lois avant 1958	175
1°) La controverse doctrinale entre DUGUIT et CARRE DE MALBERG	175
2°) Le droit d'injonction de la loi dans le droit positif antérieur à 1958	176
§ 2. La portée de l'exécution des lois depuis la Constitution de 1958	178
1°) L'inconstitutionnalité des règlements sur habilitation législative	178
2°) La survivance des règlements sur habilitation législative	180
Section 4. — Le mode d'exercice du pouvoir d'exécution des lois	183
§ 1. Le fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire subordonné et ses conséquences	183
1°) Le pouvoir réglementaire peut être exercé spontanément	184
2°) Le pouvoir réglementaire ne peut être supprimé par une disposition législative	185
§ 2. La médiation de la loi et ses conséquences	186
1°) L'invitation législative à prendre un règlement	186
2°) La détermination par la loi des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire	188
— Détermination de l'autorité compétente	188
— Détermination des formes du règlement	189
Section 5. — L'étendue des pouvoirs du gouvernement en matière d'exécution des lois	192
— Le caractère résiduel de la compétence du pouvoir réglementaire	193
§ 1. Le problème avant 1958	193
§ 2. Le problème dans la Constitution de 1958	195
— Les pouvoirs généraux de l'exécutif en matière d'exécution des lois	198
§ 1. La distinction des dispositions normatives et des dispositions constructives	199
§ 2. Le développement des règles législatives	201
§ 3. L'utilisation de compétences détenues à d'autres titres	205
§ 4. La limite des pouvoirs généraux d'exécution des lois	207
1°) Le caractère exécutif du règlement d'application	207
2°) Le caractère administratif du règlement d'application	208
— Les pouvoirs spécialement conférés par la loi en matière d'exécution des lois	209
§ 1. Détermination de compétence et habilitation législative	210
§ 2. Pouvoirs de l'Exécutif et intention du législateur	211
1°) Détermination par la loi de l'objet de la compétence du pouvoir réglementaire	212

2°) Assouplissement par la loi du principe de légalité	215
a - Exceptions et dérogations à la règle principale	216
b - Adaptation de la règle principale à une situation particulière de droit ou de fait	218
c - Affranchissement à l'égard des principes qui s'imposent au pouvoir d'exécution des lois	219
Conclusion : La théorie générale du pouvoir d'exécution d'une règle supérieure	221
1°) Généralisation du régime de l'exécution des lois à toutes mesures d'exécution d'une règle supérieure	221
2°) Le respect de la Constitution par le pouvoir d'exécution des lois	223
CHAPITRE I. — Le pouvoir réglementaire autonome	225
Section 1. — La formation du pouvoir réglementaire autonome ..	226
§ 1. L'origine jurisprudentielle du pouvoir réglementaire autonome	226
1°) La disparition des habilitations constitutionnelles ..	226
2°) L'apparition coutumière de règlements autonomes	228
3°) La consécration jurisprudentielle des règlements autonomes	230
§ 2. Les sources législatives du domaine réglementaire	231
1°) La délégation coutumière de matières au pouvoir réglementaire	231
2°) La délimitation d'un domaine réglementaire par nature	233
§ 3. Le fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire autonome	235
1°) Le caractère réservé du domaine réglementaire	235
2°) La « délégalisation » des lois intervenues dans le domaine réglementaire avant 1958	236
Section 2. — Le domaine du pouvoir réglementaire autonome ..	237
§ 1. La délimitation constitutionnelle	237
A - Les matières exclusivement réglementaires	238
B - Les matières mixtes, les règles nécessaires à la mise en œuvre des principes fondamentaux	239
1°) La solution constitutionnelle	239
2°) Le critère du principe fondamental	240
3°) Le degré de précision du principe fondamental	243
C - Les matières mixtes : le problème des garanties fondamentales	244
§ 2. La nature des relations entre la loi et le règlement	245
A - L'intervention de la loi pour poser les règles de certaines opérations	245
B - L'intervention de la loi pour fixer certaines règles de fond	247
Section 3. — L'étendue des prérogatives du pouvoir réglementaire autonome	249
§ 1. Le caractère autonome des règlements de l'article 37, ses conséquences sur l'étendue des pouvoirs de l'autorité réglementaire	250
A - Le pouvoir réglementaire autonome, source de droit, régissant l'ensemble de l'activité administrative	250
B - L'étendue du pouvoir normatif des règlements autonomes	252

1°) Le pouvoir réglementaire autonome est plus qu'un pouvoir discrétionnaire	252
2°) Le pouvoir réglementaire autonome peut créer des prérogatives de puissance publique	254
3°) Le pouvoir normatif des règlements autonomes peut être étendu dans certaines hypothèses	256
§ 2. Les limites des pouvoirs de l'autorité réglementaire : le caractère administratif des règlements de l'article 37 ..	258
1°) Le contrôle juridictionnel des règlements autonomes ..	259
2°) La soumission du pouvoir réglementaire autonome au principe de légalité	259
3°) La supériorité de la loi sur les actes administratifs	261
Section 4. — La notion de mise en œuvre des lois déterminant des principes fondamentaux	262
§ 1. La notion jurisprudentielle de mise en œuvre des principes fondamentaux	263
A - La mise en œuvre de la loi suppose des pouvoirs plus étendus que l'exécution <i>stricto sensu</i>	263
B - La mise en œuvre de la loi doit s'effectuer sans dénaturation des principes qu'elle contient	266
1°) Le « seuil de bouleversement » ne peut faire l'objet d'une définition précise	268
2°) Le pouvoir réglementaire est chargé de la conciliation des principes opposés	269
3°) La notion de dénaturation ne peut être qu'une directive jurisprudentielle	271
§ 2. La portée pratique de la notion de mise en œuvre	271
Conclusion	273
CONCLUSION DU TITRE I. — Les relations entre les deux pouvoirs réglementaires constitutionnels	275

TITRE II

LES POUVOIRS REGLEMENTAIRES

FONDES SUR UNE LOI OU UN REGLEMENT	279
CHAPITRE I. — Le titre de compétence légal ou réglementaire	283
Section 1. — La loi et le décret comme titre de compétence	284
§ 1. La situation avant la Constitution de 1958	284
A - La souveraineté de la loi	284
B - L'autonomie du décret réglementaire	286
§ 2. Le problème dans la Constitution de 1958	288
A - Le déclin de la loi	288
B - La promotion du décret réglementaire	289
Section 2. — Les modalités de l'aménagement des compétences ..	291
Conclusion	294
CHAPITRE II. — Les pouvoirs réglementaires du ministre	296
Section 1. — Le pouvoir réglementaire reconnu au ministre par le droit positif : la compétence du ministre	297
§ 1. Les compétences spécialement conférées au ministre	298
A - L'objet des compétences ministérielles	299

1°) Habilitations législatives ou réglementaires à régler certaines matières	299
2°) Exécution des lois et décrets	300
B - Le titulaire des compétences ministérielles	302
§ 2. Le refus de reconnaître au ministre un pouvoir réglementaire général	304
A - Les raisons doctrinales du principe de l'incompétence ..	304
B - L'affirmation par la jurisprudence du principe de l'incompétence	306
C - Les conséquences du principe de l'incompétence	308
Section 2. — Le pouvoir réglementaire du ministre et le problème des circulaires : les positions de principe	309
§ 1. L'évolution des conceptions doctrinales	310
A - La théorie du caractère non-juridique des mesures d'ordre intérieur et son rejet	310
B - La théorie de l'ordre intérieur et son abandon	311
C - Les théories actuelles	314
§ 2. La position de principe de la jurisprudence	315
A - La place des circulaires dans la hiérarchie des actes juridiques	316
B - L'application intégrale de ces principes en cas de compétence du ministre	316
C - L'application restrictive de ces principes en cas d'incompétence du ministre	317
Section 3. — Le pouvoir réglementaire et le problème des circulaires : la pratique jurisprudentielle	318
§ 1. L'interprétation ou le commentaire d'un texte	319
§ 2. Les instructions et directives aux subordonnés	322
§ 3. Les circulaires réglementaires	326
§ 4. Conclusions	329
Section 4. — Le pouvoir de direction du ministre dans la jurisprudence	330
§ 1. Le pouvoir de direction du ministre est juridiquement organisé	331
1°) Il ne modifie pas l'ordre régulier et formel des compétences	331
2°) Il a juridiquement force obligatoire à l'égard du subordonné	331
3°) Il peut avoir un caractère impératif	332
§ 2. Le pouvoir de direction du ministre se limite au service ..	333
§ 3. La place du pouvoir de direction du ministre dans l'ordre juridique	336
A - La tendance à l'intégration des circulaires dans l'ordre juridique	336
1°) L'appréhension extensive de la compétence des autorités administratives	336
2°) L'intervention du législateur	336
B - La possibilité d'intégrer dans la légalité le pouvoir de direction du chef de service	337
CHAPITRE III. — Les pouvoirs réglementaires des autorités publiques autres que les ministres	340

Section 1. — Le cas particulier du pouvoir de police	341
Section 2. — Les pouvoirs réglementaires des autorités secondaires de l'Etat	344
Section 3. — Les pouvoirs réglementaires des autorités des collectivités locales	346
§ 1. Les autorités délibérantes	346
§ 2. Les autorités exécutives : l'exemple du maire	348
A - L'existence d'arrêtés réglementaires d'exécution des délibérations	349
B - L'existence d'un pouvoir réglementaire d'exécution des délibérations	351
C - Le régime juridique du pouvoir réglementaire d'exécution des délibérations	353
D - La portée de cette compétence	356
Section 4. — Les pouvoirs réglementaires des autorités des personnes publiques classiques	357
Section 5. — Les pouvoirs réglementaires des autorités des personnes autres que les personnes publiques classiques	359

TITRE III

LES POUVOIRS REGLEMENTAIRES RECONNUS SANS TEXTE .. 361

CHAPITRE I. — <i>Les pouvoirs propres du chef de service</i>	365
Section 1. — La concession de pouvoirs propres au chef de service	366
§ 1. — La reconnaissance de pouvoirs propres au chef de service	366
§ 2. La place du pouvoir du chef de service dans l'ordre juridique	368
§ 3. Le fondement du pouvoir du chef de service	371
§ 4. La notion de service et le champ d'application de la théorie en droit positif	373
Section 2. — Le régime juridique des pouvoirs propres au chef de service	374
§ 1. La définition du chef de service	374
§ 2. Le champ d'application des pouvoirs du chef de service ..	378
§ 3. L'étendue des pouvoirs du chef de service	380
1°) L'organisation et le fonctionnement internes du service	381
2°) Statut du service et statut du personnel	383
3°) L'unité de but des mesures d'organisation du service ..	385
§ 4. Les limites aux pouvoirs du chef de service	386
1°) Le caractère interne des pouvoirs du chef de service ..	386
2°) Le caractère subordonné des pouvoirs du chef de service ..	388
3°) Le caractère subsidiaire des pouvoirs du chef de service ..	390
CHAPITRE II. — <i>Le règlement intérieur des assemblées administratives</i>	393
Section 1. — La reconnaissance aux assemblées d'un pouvoir de réglementation intérieure	393
§ 1. Le problème théorique du règlement intérieur	393
§ 2. Le problème jurisprudentiel du règlement intérieur	395
Section 2. — Le régime juridique du pouvoir de réglementation intérieure des assemblées	396

§ 1. Etendue et limites du pouvoir de réglementation intérieure des assemblées	396
1°) Le caractère interne du règlement intérieur	397
2°) Le caractère subordonné du règlement intérieur	397
3°) Le caractère subsidiaire du règlement intérieur	398
§ 2. Le contrôle juridictionnel du règlement intérieur	398
CONCLUSION DE LA II ^e PARTIE	400
LES CONDITIONS D'EXERCICE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE ..	403
CHAPITRE I. — <i>Généralités sur le régime juridique du pouvoir réglementaire</i>	405
Section 1. — Les particularités du contrôle juridictionnel de légalité sur les actes réglementaires	406
§ 1. Le recours pour excès de pouvoir	406
§ 2. L'exception d'illégalité d'un acte administratif	408
A - Question préalable ou question préjudicielle	408
B - Le caractère temporaire ou perpétuel de l'exception d'illégalité	410
Section 2. — La portée du contrôle juridictionnel de légalité sur les actes réglementaires	411
CHAPITRE II. — <i>Le principe d'égalité dans l'exercice du pouvoir réglementaire</i>	414
Section 1. — La généralité du règlement et le principe d'égalité dans l'édition du règlement	415
§ 1. L'affirmation du principe d'égalité	415
§ 2. La mise en œuvre du principe	418
§ 3. La responsabilité de l'administration du fait de règlements légaux rompant l'égalité devant les charges publiques ..	421
Section 2. — La hiérarchie matérielle des actes administratifs et le principe d'égalité dans l'application de la réglementation ..	423
§ 1. Les relations entre règlement et acte particulier émanant d'une même autorité	424
A - La règle « <i>patere legem quam fecisti</i> »	424
B - Les dérogations légales aux règlements	426
§ 2 - Les relations entre règlement et acte particulier émanant d'autorités différentes	428
Section 3. — Le principe d'égalité et la réglementation préalable à la décision individuelle	432
§ 1. La nécessité de se fonder sur un règlement préalable	433
§ 2. Le droit d'édicter un règlement préalable	438
CHAPITRE III. — <i>Le principe d'adaptation du pouvoir réglementaire. Les prérogatives de l'autorité réglementaire</i>	444
Introduction	444
Section 1. — Le principe de la mutabilité permanente des règlements administratifs	448
§ 1. La solution de principe	448
§ 2. Le problème de l'engagement unilatéral	451
Section 2. — L'effet immédiat du règlement administratif	456
§ 1. Le sens et la portée du principe	457
§ 2. Les limites au principe de l'effet immédiat	459

CHAPITRE IV. — Le principe de l'adaptation du pouvoir réglementaire. Les obligations de l'autorité réglementaire	464
Section 1. — L'obligation d'adapter la réglementation aux changements de circonstances	465
§ 1. Les bases de la théorie jurisprudentielle	466
A - Le principe d'adaptation aux changements de circonstances	466
B - La procédure juridictionnelle sanctionnant l'obligation d'adaptation	469
§ 2. L'obligation d'adapter la réglementation aux changements de circonstances dans le cas général	471
A - Les actes soumis à l'obligation d'adaptation	471
B - Le changement de circonstances créant une obligation légale d'adaptation	473
C - Les délais du recours	475
D - Les effets du recours	476
§ 3. L'obligation d'adapter la réglementation .. en matière économique	479
A - Les raisons d'une solution particulière	479
B - Les conditions particulières de l'obligation d'adaptation	479
Section 2. — L'obligation d'édicter une réglementation	481
§ 1. L'évolution historique du problème doctrinal	482
A - Les problèmes théoriques	482
1°) Le caractère politique ou juridique de l'obligation	482
2°) Le pouvoir discrétionnaire ou la compétence liée de l'administration	484
B - Les problèmes procéduraux	486
1°) L'absence d'intérêt du requérant	486
2°) L'absence de voie de recours	487
§ 2. Les données actuelles de la jurisprudence	488
A - L'obligation d'assurer l'exécution des lois et règlements	489
1°) L'établissement du contrôle juridictionnel	489
2°) L'étendue et la nature de l'obligation de prendre un règlement d'exécution	490
B - L'obligation de prendre des mesures de police	493
1°) L'établissement du contrôle juridictionnel	493
2°) L'étendue et la nature de l'obligation de prendre une mesure de police	495
C - L'obligation de prendre des règlements organiques	497
§ 3. L'obligation de remplir la fonction impartie à l'autorité administrative	498
A - Le principe : l'obligation de remplir la fonction	498
B - La conséquence : le libre choix des moyens de remplir la fonction et l'absence d'obligation de réglementer	500
C - La limite : l'absence de choix des moyens	501
1°) L'interdiction de réglementer	501
2°) L'obligation de réglementer	502
CONCLUSION GÉNÉRALE	505
BIBLIOGRAPHIE	509
ANNEXES	520
ABRÉVIATIONS	523

ACHEVÉ D'IMPRIMER

LE 24 NOVEMBRE 1967

PAR L'IMPRIMERIE

LES PRESSES JURASSIENNES

DOLE-DU-JURA

ATELIER D'IMPRIMERIE
 100000 BOULEVARD DES FORTIFICATIONS
 DE LA ASSOCIATION
 100000 BOULEVARD
 100000 BOULEVARD
 100000 BOULEVARD

Imprimé en France