

Dirigée par Louis FAVOREU

Extrait

...
BARON Charles H. : (traduction de Joseph Pini)
Droit constitutionnel et bioéthique : l'expérience américaine.
BECHILLON Denis (de) : (Préface de Pierre Bon)
Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État
BOYER-MÉRENTIER Catherine (Préface de Louis Favoreu)
Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958
CAPPELLETTI Mauro (traduction de René David, préface de L. Favoreu)
Le pouvoir des juges
DELPÉRÉE Francis (sous la direction de) :
Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel.
DI MANNO Thierry : (Préface de Louis Favoreu)
Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office
DI MANNO Thierry : (Préface de Louis Favoreu)
Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives »
en France et en Italie
DRAGO Guillaume (Préface d'Yves Gaudemet)
L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel
FAVOREU Louis (sous la direction de) :
Le domaine de la Loi et du Règlement (2e éd.)
Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. (Préface d'André
Tunc) (2e éd.) Traduction espagnole Tribunales constitucionales y derechos
fundamentales
FAVOREU Louis - JOLOWICZ John-Anthony (éd.) :
Le contrôle juridictionnel des lois - Légitimité, effectivité et développements
récents
MATHIEU Bertrand (Préface de Michel Fromont)
Les « validations législatives »
MODERNE F. :
Sanctions administratives et justice constitutionnelle
POULLAIN Bernard : (Préface de Daniel Mayer)
La pratique française de la justice constitutionnelle.
REDOR Marie-Joëlle :
De l'Etat légal à l'Etat de droit.
RIVERO Jean :
Le Conseil constitutionnel et les libertés (2e éd.)
STARCK Christian :
La Constitution. Cadre et mesure du droit

Série "Travaux
de l'Association Française des Constitutionnalistes"

...
Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel - 1974-1994
(1995)
L'exercice du pouvoir financier du parlement : théorie, pratique et évolution
sous la direction de Loïc Philip (1996)
Liberté, libéraux et constitutions
sous la direction de J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux (1996)
Le Bicamérisme (1997)

Hors collection

Annuaire international de justice constitutionnelle
Vol 1 à Vol 11, de 1985 à 1995

COLLECTION DROIT PUBLIC POSITIF

dirigée par Louis FAVOREU,

président honoraire de l'Université d'Aix-Marseille III

Jérôme TREMEAU

LA RÉSERVE DE LOI

COMPÉTENCE LÉGISLATIVE ET CONSTITUTION

Préface de Louis FAVOREU



PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex 1

ECONOMICA
49, rue Héricart, 75015 Paris

PRÉFACE

Il est parfois des thèmes dont on peut se demander s'il convient de les étudier à nouveau tant ils ont été ressassés. Ce n'est certainement pas le cas de celui qui a fait l'objet des recherches menées par M. Jérôme Trémeau, recherches dont le résultat est publié dans le présent ouvrage ¹.

Sa nouveauté est telle qu'il faut d'ailleurs donner d'emblée une explication de son libellé : « La réserve de loi ». En effet, pour le lecteur français, ce titre peut paraître étrange, même s'il commence à être utilisé dans notre pays à la suite justement de la réalisation du présent travail ² ; en fait il s'agit de l'équivalent en français de ce qui est dénommé « riserva di legge » en droit italien ou « reserva de ley », en droit espagnol. Il n'est pas question ici de donner de cette notion une définition complète car c'est justement à cela que s'attache l'auteur dans le Titre I^{er} de sa première partie (« Le concept de réserve de loi », p. 19 et s.). Nous dirons simplement que l'expression signifie que « le principe d'indisponibilité de la compétence législative » doit être considéré comme « une norme à valeur constitutionnelle ». En d'autres termes, il est généralement consacré, en droit constitutionnel contemporain, une réserve constitutionnelle de compétence législative.

Quoi de plus banal diront certains ! C'est là justement que réside tout l'intérêt du travail présenté qui est de montrer que le grand changement opéré par la Constitution de 1958 en matière de sources du droit n'est pas celui qu'on avait cru voir au début de la V^e République, et dont il a été montré il y a vingt ans le caractère fallacieux ³ – à savoir la promotion du pouvoir réglementaire au même rang que le pouvoir législatif – mais il réside dans le fait que désormais l'attribution constitutionnelle de compétence au Parlement législateur s'impose tant à l'Exécutif qu'au Parlement lui-même. Celui-ci – et c'est là la différence fondamentale avec le système des sources en vigueur sous les III^e et

¹ Cet ouvrage est la version remaniée et mise à jour d'une thèse soutenue le 14 janvier 1994 à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille III, devant un jury composé de MM. Louis Favoreu, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III (directeur de recherches), Franck Moderne, professeur à l'Université de Paris I, Jacques Moreau, professeur à l'Université de Paris II, Gregorio Peccas Barba, recteur de l'Université Carlos III de Madrid, Loïc Philip, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.

² Il est familier par exemple aux lecteurs de la *Revue française de droit constitutionnel* ; et il a aussi été utilisé lors du Colloque : *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Paris, La Documentation française, 1995.

³ Cf. *Le domaine de la loi et du règlement*, Colloque d'Aix-en-Provence des 2-3 décembre 1977 (PUAM et Economica, 1982).

IV^e Républiques – n'a pas « la compétence de sa compétence » comme le disent les internationalistes dans un autre contexte. La « réserve de loi », ou réserve constitutionnelle de compétence législative, interdit désormais – sauf à utiliser la procédure de l'article 38 de la Constitution⁴ – toute « délégation » ou tout renvoi trop large de compétence au pouvoir réglementaire, et notamment ce que l'on appelle aujourd'hui couramment les « incompétences négatives » qui ont fait l'objet d'abondants développements jurisprudentiels au cours des dernières années.

La méthode et, d'une manière plus générale, la démarche suivie, sont celles déjà éprouvées au sein du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle dont M. Jérôme Trémeau fait partie depuis qu'il est sorti premier du DEA de droit public en 1990, avant de devenir ingénieur d'études puis maître de conférences à la Faculté de droit et de science politique.

L'auteur a utilisé sa connaissance des langues étrangères et notamment de l'espagnol⁵ pour puiser directement son information dans les ouvrages et revues publiés tant en Espagne qu'en Italie. Il s'est – à juste titre – limité à ces deux pays pour établir une comparaison avec la France car les modèles espagnol et italien lui ont paru pertinents et significatifs comme étant proches de notre système tout en conservant des traits particuliers. L'exemple allemand ne manque pas d'intérêt évidemment mais, beaucoup plus complexe et ancré dans l'histoire de ce pays, il se prête moins à la comparaison. En toute hypothèse, comme le reconnaît honnêtement l'auteur, ne pouvant accéder directement aux sources – faute de connaître aussi la langue allemande – il a préféré s'en tenir aux deux analyses précitées. Le lecteur disposera cependant désormais du premier exposé, en langue française, de ce qu'est ce nouveau concept en droit comparé et étranger. Et l'on peut dire déjà que M. Jérôme Trémeau a rendu un très précieux service en donnant une meilleure connaissance du droit comparé en la matière et en tenant dans une langue claire et précise, des raisonnements dont on appréciera – comme l'ont fait les membres de son jury de thèse, et notamment un expert en la matière, le recteur Gregorio Peces Barba – la rigueur et l'élégance. On signalera, parmi d'autres, les développements relatifs aux « justifications de la réserve de loi » (p. 34 et s.), à la distinction entre réserve de loi absolue et réserve relative (p. 45 et s.), à l'évolution du principe de légalité à la réserve de loi, aux règlements « indépendants » en droit espagnol, etc.

Fort des enseignements qu'il a tirés de l'étude du droit comparé, Jérôme Trémeau étudie ensuite, dans une seconde partie, ce qu'il appelle « la transposabilité de la réserve de loi en droit français ». Et c'est là qu'est à souligner une nouvelle fois l'intérêt des approches de droit comparé car elles fournissent les techniques et concepts susceptibles d'éclairer et de faciliter la compréhension des phénomènes juridiques. En effet, bien que la notion doctrinale de réserve de loi ait été étrangère au droit français, celui-ci peut parfaitement être expliqué grâce à elle.

C'est ce à quoi s'attache, de manière très heureuse, notre jeune auteur, en réexaminant, sous un angle nouveau, les jurisprudences constitutionnelle et

administrative non sans avoir, au préalable, évoqué la situation antérieure à la Constitution de 1958, en utilisant les travaux déjà effectués et notamment celui fort pénétrant de Marie-Joelle Redor déjà publié dans cette même collection⁶. Ce qui permet, encore une fois, de faire ressortir la modernité des vues de Carré de Malberg qui avait compris et exposé, dès 1933, la liaison logique entre réserve de loi et justice constitutionnelle (voir, ci-après, p. 214 et s.).

Le réexamen des jurisprudences constitutionnelle et administrative permet, tout d'abord de constater que la notion de réserve de loi est bien inscrite dans notre Constitution, principalement au travers de l'article 34, mais aussi du fait de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité de la loi particulièrement efficace à cet égard. Notre texte fondamental est, de ce point de vue, une Constitution moderne. Ensuite ce réexamen conduit à remettre en question certaines analyses relatives aux habilitations législatives notamment quant à la jurisprudence du Conseil d'État qui admet trop largement celles-ci même lorsqu'elles ont été instituées sous la IV^e République, voire même sous la III^e, alors qu'elles sont incompatibles avec le nouveau système des sources. L'auteur montre aussi remarquablement ce qu'il faut penser d'une possible « réserve réglementaire », faisant apparaître à cette occasion les diverses erreurs d'appréciation commises par les premiers commentateurs des articles 34 et 37 de la Constitution (voir notamment p. 349 et s.). Enfin, le mérite de ce travail est de signaler quelques divergences d'appréciation entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, notamment quant à la conception du pouvoir réglementaire d'organisation interne des services.

On retiendra la conclusion à laquelle parvient Jérôme Trémeau en donnant une explication de ce qu'on a cru, longtemps, pouvoir considérer comme des règlements autonomes :

« La transformation opérée par la Constitution de 1958 consiste donc à mettre en place une sujétion matérielle du règlement par rapport à la loi, au détriment de la sujétion formelle : l'Exécutif ne peut que développer les prescriptions législatives, sans pour cela avoir à se fonder sur un renvoi législatif particulier. Finalement, le cantonnement du Gouvernement dans sa fonction d'exécution de la loi, fixée par l'article 21 de la Constitution actuelle, héritière sur ce point des textes antérieurs, est mieux réalisé par l'asservissement du règlement à des dispositions législatives préalables, que par la simple exigence d'un renvoi législatif, véritable habilitation pouvant confiner au blanc-seing. Fondé directement sur la Constitution, le règlement n'est plus pris en exécution de la loi, pouvant même intervenir spontanément sans qu'existe aucun renvoi ; mais, cantonné par l'importance inéluctable des réserves de loi, il est nécessairement pris pour l'exécution de la loi ».

Enfin, comme le montre encore l'auteur, le système français apparaît comme présentant l'avantage par rapport aux systèmes étrangers, de « permettre de lutter contre l'excès de législation » car ceux-ci ne disposent pas de mécanismes assurant une protection du domaine réglementaire et c'est dès lors « sur la seule auto-limitation de la loi que repose l'égalité entre les deux types d'actes normatifs » (p. 392).

4 Cf. C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, Economica et PUAM, 1996.

5 Qui lui permet de rédiger une chronique régulière de la jurisprudence constitutionnelle française dans la revue espagnole *Cuadernos constitucionales de la Catedra Fadrique Furió Ceriol*, Université de Valence.

6 De l'État légal à l'État de droit, Paris, 1992.

L'auteur aura, par ce travail (et par d'autres études publiées ailleurs), contribué très efficacement à une meilleure connaissance du système des sources du droit sous la V^e République et plus précisément, à ce que j'ai appelé par commodité, le « droit constitutionnel normatif », c'est-à-dire la réglementation constitutionnelle de la production du droit. Il enrichit la réflexion menée depuis le colloque d'Aix de 1977, au sein du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, sur ce qu'a apporté réellement de nouveau la Constitution de 1958, et notamment ses articles 34 et 37. Ouvrant de nouvelles perspectives il montre que, finalement, contrairement à ce qui est souvent écrit en France et à l'étranger, systèmes français et étrangers sont semblables en ce qu'ils consacrent l'existence d'une réserve de loi. Et s'il y a effectivement une originalité du système français ce n'est pas celle qu'on avait cru déceler, mais elle rend celui-ci attractif pour les doctrines espagnole et italienne notamment.

C'est la marque d'un véritable travail de recherche que de remettre en question certaines données considérées comme acquises et d'ouvrir de nouvelles perspectives. Quand, au surplus, cela aboutit à changer la vision de spécialistes étrangers, on peut considérer que ce travail a pleinement abouti.

mars 1997

Louis FAVOREU

Directeur du GERJC (CNRS UPRESA 6055)

SOMMAIRE

Introduction

PREMIÈRE PARTIE

LA RÉSERVE DE LOI EN TANT QUE NOTION DE DROIT COMPARÉ

TITRE I LE CONCEPT DE RÉSERVE DE LOI

Chapitre I
La naissance de la réserve de loi
sous la monarchie constitutionnelle allemande

Chapitre II
La signification actuelle de la réserve de loi

Chapitre III
La transformation de la réserve de loi
dans la perspective de l'intégration européenne

TITRE II LA RÉSERVE DE LOI EN DROIT COMPARÉ

SOUS-TITRE 1 LA RÉSERVE DE LOI DANS L'ORDONNANCEMENT ESPAGNOL

Chapitre I
L'intégration d'une réserve de loi
au sein du bloc de constitutionnalité

Chapitre II
Les implications de la réserve de loi

SOUS-TITRE 2 LA RÉSERVE DE LOI DANS L'ORDONNANCEMENT ITALIEN

Chapitre I
La consécration de réserves de loi

Chapitre II
Le réaménagement du pouvoir réglementaire gouvernemental

DEUXIÈME PARTIE
LA TRANSPOSABILITÉ DE LA RÉSERVE DE LOI
EN DROIT FRANÇAIS

TITRE I
LA CONSÉCRATION D'UNE RÉSERVE DE LOI EN DROIT POSITIF

Chapitre I
La situation antérieure à la Constitution de 1958

Chapitre II
L'indisponibilité de la compétence législative
sous la V^e République

TITRE II
LA RÉSERVE DE LOI ET LE CHAMP D'INTERVENTION
DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

Chapitre I
Réserve de loi et habilitation législative

Chapitre II
La portée du renvoi législatif

TITRE II
LA RÉSERVE DE LOI ET LE CHAMP D'INTERVENTION
DU POUVOIR LÉGISLATIF

Chapitre I
La réserve de loi comme limite à la compétence législative
(la question de la réserve réglementaire)

Chapitre II
Les limites jurisprudentielles de la réserve de loi

Conclusion

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique-droit administratif
DS	Recueil Dalloz-Sirey
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GAJA	Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GDCC	Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel
Giuris. Cos.	Giurisprudenza Costituzionale
JC	Jurisprudencia constitucional
JCP	Jurisclasseur périodique
LPA	Les petites affiches
RA	Revue administrative
RAP	Revista de administración pública
RAR	Repertorio Aranzadi
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rec.	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État
REDA	Revista española de derecho administrativo
REDC	Revista española de derecho constitucional
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJC	Recueil de jurisprudence constitutionnelle, Litec, Paris, 1994 (supplément 1994-95)
RTDP	Rivista trimestriale di diritto pubblico
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme

INTRODUCTION

La définition d'un mécanisme de répartition des compétences normatives constitue incontestablement une innovation majeure de la Constitution de 1958. Fondé sur les deux pivots que constituent l'article 34 (réservant à la loi une liste de matières) et l'article 37 (prévoyant que les matières autres que celles du domaine de la loi relèvent du pouvoir réglementaire), ce texte définit le champ d'intervention respectif de la loi et du règlement.

Certes, dès avant 58, des propositions ayant le même objet avaient déjà été effectuées, voire consacrées par des textes de droit positif¹. Mais, le grand apport du texte du 4 octobre 1958, réside d'une part, dans la valeur constitutionnelle conférée à la délimitation opérée, et d'autre part dans la définition de procédures capables d'assurer le respect de cette délimitation². Reposant en première ou dernière instance sur l'intervention du Conseil constitutionnel, elles expliquent la profonde méprise sur la véritable signification de l'introduction dans notre pays, d'une justice constitutionnelle : le Conseil a été considéré comme un instrument au service du Gouvernement pour cantonner le législateur dans les strictes limites imparties par le texte constitutionnel, et non comme un véritable juge, défenseur de l'ensemble de la Constitution pour le plus grand profit de la minorité politique ou des citoyens eux-mêmes³.

Le moyen d'une séparation, *a priori* rigide entre la loi et le règlement réside dans l'introduction du principe de compétence dans la régulation des relations entre ces deux types d'actes. Celui-ci permet de déroger au principe hiérarchique qui établit la supériorité de la norme émanée du Parlement par rapport à celle édictée par l'Exécutif : dans les secteurs que la Constitution réserve à l'Exécutif, la supériorité hiérarchique de la loi est impuissante à anéantir les normes réglementaires, puisque le législateur intervient dans un domaine qui ne lui est pas attribué et ne relève pas de sa compétence.

Cette intégration du principe de compétence au sein de la Constitution a naturellement été perçue comme une remise en cause de la conception traditionnelle de la loi, consacrée par le droit public français depuis la

1 Cf. L. FAVOREU, Rapport introductif au Colloque sur *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du colloque, PUAM-Economica, Paris-Aix-en-Provence, 2^e ed., 1981, p. 27.

2 Articles 37,2 ; 41 ; voire 61,2.

3 Il est vrai que le développement actuel de l'importance du juge constitutionnel était au départ difficilement concevable, la lecture du texte constitutionnel initial faisant plutôt apparaître des restrictions de ses capacités d'intervention : limitation des autorités de saisine ; absence de consécration de droits fondamentaux dans le corps même de la Constitution ; insistance de la Constitution sur les procédures de délimitation entre loi et règlement.

F12

Révolution. Comme l'avait montré Carré de Malberg, la loi est avant tout l'expression d'une puissance initiale et inconditionnée, contrairement au règlement, nécessairement dérivé et hiérarchiquement assujéti. La seule distinction entre les deux catégories d'actes réside dans une différence de valeur juridique, conséquence de la subordination organique de l'Exécutif au Législatif, expression de la « volonté générale ». Et « en raison de cette inégalité, ce que la Constitution de 1875 a réparti entre les deux titulaires des pouvoirs législatif et réglementaire, ne sont point des matières distinctes, mais bien des puissances de nature différente »⁴. Fondé jusque là exclusivement sur le principe hiérarchique, le droit constitutionnel français a été profondément modifié par l'introduction du principe de compétence au profit de l'Exécutif.

Cette modification, déjà prompte à susciter des interrogations au sein d'une doctrine exclusivement tournée vers l'histoire constitutionnelle française, dans le cadre d'une tradition comparatiste historique, a d'autant plus enflammé les passions, que la compétence de principe est dévolue au pouvoir réglementaire. En effet, l'article 34 énumère, de façon semble-t-il limitative, puisqu'il prévoit en son dernier alinéa qu'une loi organique pourra venir compléter la liste édictée, les matières réservées à la loi, transformant la compétence illimitée du Parlement antérieurement à 1958 en une compétence d'attribution. C'est cette limitation du pouvoir législatif, par la restriction de son champ d'intervention, qui a été le plus souvent mise en relief, voire dénoncée⁵.

En réalité, des études de droit positif ont largement relativisé les craintes initiales, démontrant notamment que la Constitution n'avait pas amoindri le rôle de la loi pour la définition des normes fondamentales de la vie sociale, tandis que le pouvoir réglementaire était cantonné à une fonction d'exécution des normes législatives⁶. C'est ce qu'a résumé le professeur Rivero en considérant que la révolution était possible mais qu'elle n'a pas eu lieu⁷.

Sans reprendre l'intégralité de ce débat, on peut d'ores et déjà s'accorder pour constater que la Constitution de 1958 définit les grands principes de la répartition des compétences normatives, retirant de la sorte à la loi des capacités de décision en la matière. Ce faisant, le principe de légalité est concurrencé par une nouvelle institution : la réserve de loi.]

LA DIMENSION CONSTITUTIONNELLE DU SYSTÈME NORMATIF

Le domaine des sources normatives est assurément une des matières où l'achèvement du processus de « constitutionalisation » des branches du droit est le plus avancé. L'idée que la Constitution est aussi une norme sur les sources, et

⁴ La loi, expression de la volonté générale, réédition Economica, Paris, 1984, p. 79.

⁵ Cf. J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la Constitution de 1958 », *RDP* 1959, p. 240 ; J. L'HUILLIER, « La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *D.* 1959, p. 121 ; P. DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République », *JCP* 1959, I, 1470 ; R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chron. p. 119 ; G. BURDEAU, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 35.

⁶ Cf. en ce sens, les actes du Colloque d'Aix-en-Provence et les articles du doyen FAVOREU : « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », *Mélanges Waline, LGDJ*, Paris, 1977, p. 405 ; « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987, p. 871.

⁷ Actes du colloque précité, p. 263.

qu'il existe une régulation constitutionnelle des sources normatives, est beaucoup moins contestée que par exemple l'existence de bases constitutionnelles du droit civil. Ceci est dû au fait qu'elle se rattache à un certain contenu matériel consensuel de la Constitution, même entendue au sens minimum de modalité d'exercice et de transmission du pouvoir.

La seule nuance réside dans le fait que désormais, la Constitution contient une régulation détaillée et à vocation totalitaire, de l'ensemble du système des sources. Comme le remarque le professeur I. de Otto, dans la plupart des États européens, la réglementation générale des sources était le plus souvent développée au sein du Code civil, en tant que code de droit commun, ce qui explique que les sources du droit étaient étudiées et enseignées dans le cadre du droit civil⁸.

Ceci était le résultat de la considération de la loi comme la norme suprême, et de la faiblesse du système des sources établi par la Constitution. Aujourd'hui, la Constitution a intégré l'ensemble des règles relatives aux sources ; la loi, assujettie aux prescriptions constitutionnelles, ne pouvant que développer le contenu constitutionnel. La pleine soumission de la loi à la Constitution implique que le législateur n'est plus l'ordonnateur principal du système des sources.

Cette modification du niveau hiérarchique est nettement visible à travers la Constitution de 1958. Elle attribue un pouvoir normatif à l'Exécutif et au Parlement et règle leur relation réciproque, en prévoyant aussi leur champ d'intervention respectif. Elle traduit ainsi une augmentation du contenu des dispositions constitutionnelles relatives aux normes, par rapport aux constitutions précédentes, au détriment du pouvoir discrétionnaire du législateur. D'ores et déjà, on peut constater que le texte de 1958 « constitutionnalise » les fondements du système normatif français. De ce point de vue, la grande nouveauté de la Constitution du 4 octobre 1958 réside dans la suppression de la possibilité pour le législateur de définir directement le domaine réglementaire, puisque ce sont maintenant des règles constitutionnelles qui s'appliquent.

L'intégration au sein de la Constitution des normes relatives aux sources implique la nécessité de s'intéresser à ce texte pour déterminer les relations entre la loi et le règlement. En faisant de la Constitution une véritable norme de droit positif, les constituants ont déplacé le centre de gravité du système normatif. La loi perd son pouvoir de répartition des compétences au profit de la Constitution. De la sorte, ils alignèrent, sur ce point, l'ordonnancement juridique français sur les ordonnancements d'autres pays européens, ce qui autorise les comparaisons des dispositions constitutionnelles en la matière.

La constitutionnalisation du système normatif n'est que la conséquence de l'adoption des théories de Kelsen sur la Constitution : celle-ci est la norme suprême dont découle l'ensemble des autres normes étatiques, qui voient leur validité conditionnée par la Constitution⁹, c'est le ralliement des constituants français à cette conception de la Constitution qui implique la nécessité de rechercher dans ce texte les normes relatives à la distribution des capacités normatives, à l'exemple du droit comparé.

⁸ *Derecho constitucional - sistema de fuentes*, Ariel, Barcelone, 1988, p. 83. Cette remarque est tout à fait valable pour la France. Voir notamment le titre préliminaire du Code Civil.

⁹ *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ À LA RÉSERVE DE LOI

L'analyse immédiate des relations entre la loi et le règlement dans les pays européens fait ressortir la place prééminente d'une notion qui apparaît à bien des égards comme la clef de voûte du système normatif : la réserve de loi. Concrètement, elle consiste en la considération que les matières attribuées par la Constitution au Parlement créent un espace de compétences *irréductible* au profit du législateur. Il s'agit d'une règle de valeur constitutionnelle, opposable au législateur lui-même. Elle traduit à elle seule la modification de la place du système normatif dans la hiérarchie des normes : désormais, si la Constitution inclut la définition de la compétence parlementaire, celle-ci s'impose à l'Assemblée, et devient hors de sa portée, alors qu'antérieurement, la loi pouvait librement définir sa propre compétence.

Norme de valeur constitutionnelle, elle assujettit l'ensemble des pouvoirs constitués, c'est-à-dire non seulement l'Exécutif, qui ne peut empiéter sur les matières qui en sont l'objet, mais aussi le législateur, qui ne peut autoriser l'Exécutif à intervenir sur ces mêmes matières. C'est ce double effet de la compétence législative posée par la Constitution qui caractérise la réserve de loi. Et de l'importance de celle-ci dépend la place possible du pouvoir réglementaire. La dimension la plus originale de la réserve de loi réside certainement dans l'indisponibilité de la compétence législative qu'elle institue.

Elle permet d'expliquer pourquoi le droit français a longtemps ignoré et continue d'ignorer cette notion, pourtant banale en droit comparé. En effet, la conception de la Constitution en tant que norme, juridictionnellement sanctionnée, n'est finalement que récente dans notre pays. Longtemps, l'idée a prévalu que l'acte législatif, à cause de son origine démocratique, suffirait à protéger efficacement contre le seul danger reconnu : le risque d'arbitraire de l'Exécutif. Si bien que l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité des lois était non seulement inconcevable, puisque considéré comme une atteinte à la légitimité démocratique du Parlement, mais qui plus est inutile. Dans ces conditions, le Parlement ne pouvait souffrir d'aucune limitation. À l'inverse, l'Exécutif ne devait pouvoir agir que sous la condition qu'une loi préalable vienne l'autoriser à ce faire. Ceci donna alors naissance au principe de légalité. Ce dernier se caractérisait comme une contrainte pour l'Exécutif, celui-ci devant se fonder sur une habilitation législative pour intervenir ; mais le législateur était toujours libre de lui conférer une telle habilitation, quelle que soit la matière sur laquelle elle puisse porter. C'est dire, comme l'avait résumé Carré de Malberg, que le règlement peut tout faire moyennant une habilitation législative et rien en l'absence de cette habilitation.

La translation du système normatif du niveau législatif au niveau constitutionnel conduit à reconsidérer cette position : le législateur est désormais astreint à respecter le champ de compétence que lui attribue la Constitution, de la même façon que l'Exécutif, tandis que la dévolution des pouvoirs normatifs est effectuée directement par la Constitution. Cette mutation imposée par le Texte fondamental n'est pas sans rappeler la transformation de la théorie des libertés publiques en théorie des droits fondamentaux : tandis que les libertés publiques étaient exclusivement établies pour cantonner l'action de l'Exécutif, les droits fondamentaux s'imposent aussi au législateur.

Reste que si le droit positif français consacre le principe d'indisponibilité de la compétence législative comme une norme à valeur constitutionnelle, on est en

droit de se demander s'il n'existe pas une réserve de loi dans notre ordonnancement juridique.

PROBLÉMATIQUE ET PRÉCISIONS MÉTHODOLOGIQUES

Autrement dit, l'énumération de l'article 34 de la Constitution n'équivaut-elle pas aux renvois à la loi auxquels procèdent les Constitutions italienne, allemande ou espagnole ? Et l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel de cet article n'est-elle pas similaire à l'interprétation des juridictions constitutionnelles étrangères vis-à-vis des renvois à la loi ?

C'est sur les possibilités de configurer une réserve de loi en France que l'on devra s'interroger. Pour ce faire, il faudra préalablement tenter de cerner le contenu de cette notion, telle qu'elle est appliquée dans les pays où elle est répandue.

L'objet de la présente étude est d'essayer de synthétiser les relations entre la loi et le règlement dans une perspective de droit comparé. Il s'agit d'évaluer le système français des sources par rapport à ceux existant dans d'autres pays. En particulier, existe-t-il une spécificité française dans la définition d'un domaine attribué au législateur ? Ou au contraire, cette spécificité ne réside-t-elle pas dans la définition de matières réservées à l'Exécutif ? L'objectif est de situer les règles constitutionnelles présidant à la création des normes dans le cadre des dispositions relatives aux sources, insérées dans les constitutions étrangères. Dans la même logique, on pourra s'interroger sur la manière dont a été perçue, à l'étranger, le mécanisme des articles 34 et 37, et s'il a éventuellement influencé des constitutions postérieures.

L'intégration de la réserve de loi en tant qu'élément d'étude des relations entre la loi et le règlement apparaîtra comme une « mise aux normes » de l'approche du système français des sources, dans la perspective du « droit constitutionnel européen », rassemblant les notions ou les techniques juridiques communes aux pays européens dotés d'une justice constitutionnelle effective et dont l'ordonnancement est fondé sur la supériorité hiérarchique de la Constitution.

Toutefois, avant d'entrer dans le vif de cette étude, certaines précisions doivent être apportées. En premier, l'analyse de la réserve de loi supposant un examen *in situ* dans les ordonnancements où elle est explicitement utilisée, le problème s'est posé d'opérer un choix parmi ceux-ci, sachant qu'une étude générale aurait nécessité des moyens trop importants. L'Italie et l'Espagne ont retenu notre attention pour divers motifs. D'une part, il s'agit de pays comparables quant à leur niveau de développement, intégrés, comme la France à l'Union européenne, et dans lesquels fonctionne une justice constitutionnelle. D'autre part, dans une logique d'accès direct et immédiat aux sources d'informations¹⁰, les langues utilisées nous sont connues. Cette démarche justifie l'exclusion du champ de cette étude de pays comme l'Allemagne, où pourtant le Tribunal constitutionnel fédéral a développé une importante jurisprudence relativement à la réserve de loi¹¹.

L'approche de chaque ordonnancement juridique privilégiera le droit positif, et notamment la jurisprudence, tant constitutionnelle qu'émanant des juridictions

¹⁰ Doctrine, décisions de jurisprudence, textes juridiques.

¹¹ Comme en témoignent les chroniques du professeur Fromont à la *Revue du droit public*. Voir aussi, L. CABRAL DE MONCADA, *A reserva de lei no actual direito publico alemão*, Universidade Lusíada, Lisbonne, 1992.

ordinaires, les contributions doctrinales servant avant tout à mettre en relief et à éclairer certains aspects. Il s'agit de s'intéresser au droit tel qu'il est effectivement mis en œuvre dans la « réalité juridique », c'est-à-dire sanctionné par les juridictions.

Cette démarche permet d'expliquer pourquoi les aspects de science politique que devrait nécessairement comporter une étude complète sur la loi, ne seront qu'entrevus, dans la seule mesure où ils sont nécessaires à l'explication de la compétence obligatoire de la loi.

De la même façon, il ne sera question que de la loi considérée de façon générale. En particulier, aucune distinction ne sera opérée entre les lois ordinaires et les lois organiques. En effet, l'étude des lois organiques a déjà démontré l'existence d'une véritable réserve de loi organique sous l'empire de la Constitution de 1958¹², à l'instar de ce qui peut exister dans d'autres pays comme l'Espagne¹³. Il n'est donc pas utile de renouveler cette démonstration et l'on se permettra de renvoyer de façon globale à l'œuvre effectuée.

Enfin, l'accent ne sera pas mis sur le pouvoir réglementaire local qui présente incontestablement des particularités par rapport au pouvoir réglementaire national, ne serait-ce qu'à cause de l'existence du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales. Ceci se justifie par le fait que l'objet de cette étude n'est pas directement l'appréhension du pouvoir réglementaire, celui-ci n'étant aperçu que par le biais de la réserve de loi, en tant que cette notion concerne principalement les relations entre la loi et le règlement. De plus, le pouvoir réglementaire local a déjà fait l'objet d'une étude approfondie récente¹⁴.

Ces précisions posées, l'interrogation sur la réserve de loi consiste d'abord à analyser cette notion elle-même.

Tel sera l'objet d'une première partie, consacrée à la détermination du concept de réserve de loi. Celui-ci s'est progressivement formé depuis la fin du XIX^e siècle, pour évoluer considérablement jusqu'à nos jours. On étudiera ensuite l'utilisation de la réserve par la doctrine et par les juridictions étrangères pour déterminer l'utilité et les caractéristiques de cette institution. Malgré de nombreuses incertitudes quant à sa portée et à son contenu, un certain consensus se dégage sur l'importance de celle-ci quant à la définition de la place de la loi et de ses relations avec l'acte réglementaire. La réserve de loi ressort de l'analyse du droit comparé comme une notion fondamentale du droit constitutionnel normatif, à travers l'optique de laquelle peuvent être entrevues les relations réciproques entre la loi et le règlement.

La deuxième partie traitera de la possibilité d'utiliser le concept de réserve de loi pour décrire la situation de l'acte législatif, telle qu'elle résulte de la Constitution de 1958. Celui-ci permettra une relecture de la définition d'un domaine législatif, à la lumière du droit comparé. L'avantage majeur de l'utilisation de la réserve de loi est de permettre de prendre en compte la dimension constitutionnelle du système normatif. On mettra ainsi en relief un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la portée réelle de la définition d'un domaine législatif est méconnue, du fait de la non prise en considération de la nouvelle Constitution.

PREMIÈRE PARTIE

LA RÉSERVE DE LOI EN TANT QUE NOTION DE DROIT COMPARÉ

¹² Cf. l'ouvrage de J.-C. CAR, *op. cit.*, notamment la première partie.

¹³ Décision du Tribunal constitutionnel espagnol du 27 juin 1985 (STC 77/85, JC, t. 12, p. 189) ; du 13 mai 1991 (STC 101/91, JC, t. 30, p. 71).

¹⁴ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, thèse, Paris, 1992, dactylographiée.

Le concept de réserve de loi est avant tout utilisé (largement) à l'étranger. C'est donc là qu'il faut d'abord l'étudier. Il s'agit de décrire le fonctionnement de cette institution au sein d'ordonnancements juridiques que l'on aura préalablement sélectionnés. Le choix des modèles étrangers étudiés repose sur la possibilité de déduire de leur examen des conséquences éventuelles quant au mécanisme français des sources, tout en prenant garde des différences de contenu du texte constitutionnel entre les différents pays.

Néanmoins, pour compenser (partiellement) l'impossibilité d'une étude générale de la réserve de loi dans l'ensemble des ordonnancements juridiques qui consacrent cette notion, on peut se pencher sur le concept de réserve de loi, en tant que tel.

TITRE 1

LE CONCEPT DE RÉSERVE DE LOI

A12 [La réserve de loi a pris corps dans l'Allemagne du début du siècle, sous l'influence de juristes libéraux, tels qu'Otto Mayer. Elle s'inscrit dans un contexte politique particulier qui correspond à l'évolution des rapports sociaux sous la monarchie germanique. C'est l'ensemble de ces données qui explique la genèse de cette institution, tandis qu'elle demeure totalement inconnue, à la même époque, dans d'autres pays, comme la France.

Néanmoins, la réserve de loi originelle n'a que peu de points communs avec la notion aujourd'hui consacrée. C'est ainsi que lui faisait défaut, à ses débuts, sa principale caractéristique, consistant dans son opposabilité au législateur. Le concept de réserve s'est transformé sous l'influence de facteurs qu'il nous faudra étudier.

D'ailleurs, rien n'indique que cette évolution ne se poursuive pas. Le processus, sans cesse accru, d'intégration communautaire tend à déposséder le législateur national de sa compétence, au profit d'une réglementation supra-étatique. Dans le même temps, les conventions internationales sont impuissantes à créer de nouveaux espaces réservés de façon irréductible au pouvoir législatif¹.

C'est ce « déficit » qu'il nous faudra examiner.

¹ En ce sens, G. MALINVERNI, « La réserve de loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme », *RUDH* 1990, vol. 2, n° 11, p. 401-409. Cet auteur insiste sur l'équivalence posée par la Cour européenne des droits de l'homme entre les concepts de « loi » et de « droit ». Cette instance juridictionnelle interprète les renvois à la loi contenus dans la Convention européenne et ses protocoles additionnels dans un sens matériel, allant même jusqu'à considérer que des instructions administratives satisfaisaient à la nécessité d'une loi (affaire *Silver*, du 25 mars 1983. *Recueil des arrêts de la CEDH*, série A, vol. 61, p. 32).

Chapitre I

LA NAISSANCE DE LA RÉSERVE DE LOI SOUS LA MONARCHIE CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE

L'étude historique de la réserve de loi permet, en remontant à ses sources, une meilleure compréhension de l'institution. Il s'agit de savoir ce que recouvre, à l'origine, le concept de réserve de loi. Ceci nous permettra d'apercevoir le caractère évolutif de ce dernier, en le comparant à la définition actuellement reconnue.

Les circonstances politiques qui présidèrent à « l'invention » de la réserve de loi, s'inscrivent incontestablement dans la perspective de la lutte pour le pouvoir entre les composantes aristocratique et bourgeoise de la société, qui caractérise les XVIII^e et XIX^e siècles. L'objectif de la bourgeoisie, qui est en passe de détenir l'intégralité du pouvoir économique, réside dans la conquête du pouvoir politique, monopole monarchique. Organiquement, cette confrontation oppose les différents Parlements², aux Exécutifs dominés par l'aristocratie.

Juridiquement, cet antagonisme s'était déjà concrétisé par la reconnaissance, dès les premiers documents constitutionnels, de la nécessité d'un consentement pour tout nouveau prélèvement fiscal, et pour toute pénalité. Le but recherché était de supprimer tout pouvoir discrétionnaire du Prince en ces matières, et de les confier à la surveillance des représentants des sujets. Mais ces deux éléments ne devaient être considérés que comme des exceptions limitées au pouvoir général de réglementation du monarque.

Postérieurement, et comme conséquence principalement de la Révolution française, la question de la répartition des pouvoirs entre l'Exécutif et le législatif devait dépendre étroitement de la conception retenue de la souveraineté. Une fois abandonnée l'idée du Roi en tant que dépositaire de la souveraineté, il a bien fallu déterminer le nouveau titulaire de cette prérogative suprême. On connaît les efforts, en France, de juristes comme Carré de Malberg pour démontrer que la souveraineté du Parlement découle de la souveraineté nationale : alors la loi, non seulement n'a aucun espace qui lui soit interdit, mais en plus doit-elle servir de fondement à l'ensemble des actes administratifs³. L'Empire allemand, à la suite des États allemands, consacre une voie intermédiaire entre l'attribution de la souveraineté au Monarque ou au peuple. Le titulaire de cette compétence suprême réside en l'État. Celui-ci agit par le biais d'organes, qui sont l'objet d'une classification hiérarchique entre eux. En particulier, le gouvernement ne peut être

tenu en échec par les assemblées puisque c'est lui qui exerce en dernière analyse la puissance de domination de l'État. C'est lui qui exerce la « *Herrschaft* »⁴. À l'inverse du modèle français, dans le système allemand, l'Exécutif n'est pas sous la dépendance du Parlement, mais au contraire dispose d'une légitimité qui lui est propre, distincte de la légitimité parlementaire. Ceci traduit la subsistance du principe monarchique dans l'Allemagne de la fin du XIX^e siècle⁵. Dans ces conditions, les deux organes entrent en concurrence pour la maîtrise du pouvoir politique. Il s'agit de savoir qui du Parlement ou du Gouvernement possède des capacités décisionnelles sur tel ou tel aspect déterminé.

À cet égard, le fameux épisode du conflit budgétaire prussien, en 1862, est caractéristique de l'antagonisme entre la légitimité démocratique et la légitimité monarchique. Les secteurs conservateurs de la société, emmenés par le Roi Guillaume I^{er}, avaient la prétention de procéder à une réforme d'ensemble de l'armée prussienne, afin d'en faire un instrument au service de leur politique. L'Exécutif avait pour ambition de jeter les bases d'une armée nouvelle, comportant notamment l'allongement du service militaire à trois ans. Le Gouvernement pensait disposer de la compétence pour procéder de lui-même à une telle réforme. C'était sans compter sur l'opposition de la majorité libérale au Parlement, hostile à toute politique belliciste, qui fit valoir que cette réforme entraînant des dépenses publiques, les organes législatifs devaient se prononcer sur son opportunité. Ces volontés antagonistes devaient aboutir au refus parlementaire de voter le budget présenté par le chancelier Bismarck, qui comportait des dispositions en faveur de la réforme militaire. La seule issue résidait dans la dissolution des Chambres, mais la majorité libérale s'était vu confirmée et même amplifiée par les élections qui s'en suivirent.

Toute la problématique de ce conflit entre organes constitutionnels résidait dans la discussion sur la détention de capacités normatives. Devant le flou constitutionnel, il s'agissait de savoir qui pouvait valablement légiférer dans une matière déterminée, compte tenu du fait que l'Exécutif, possédant sa propre légitimité, n'était pas sous la dépendance parlementaire⁶. On voit se profiler ici concrètement la compétition que l'on évoquait auparavant, entre les composantes monarchistes et bourgeoises, pour la maîtrise du pouvoir politique. C'est parce que la Constitution n'a pas confiné le Gouvernement dans un simple rôle d'exécution, même entendu largement, de la volonté parlementaire, que l'incertitude règne sur le rôle respectif de l'un et de l'autre organe. Reste à déterminer si le texte constitutionnel n'aurait pas réparti, éventuellement de façon implicite, les attributions entre ceux-là. C'est l'objectif majeur de la réserve de loi, que de trouver une solution juridique à une question avant tout politique. Elle se présente comme un *modus vivendi*, critère de répartition des compétences normatives, entre le Parlement et le Gouvernement. Ce sont donc les circonstances historiques qui justifient la découverte de cette institution, qui s'analyse en une réponse adaptée à une situation déterminée.

2 Et le mécanisme d'élection de ces parlements, souvent censitaire durant cette période, les convertissent en représentation fidèle de la bourgeoisie. Par la suite, l'élargissement des bases du suffrage viendra agréger de nouvelles catégories sociales aux revendications libérales.

3 On perçoit déjà la contrainte que peut représenter cette conception du règlement comme norme exclusivement secondaire. Cette rigidité n'empêchera pas l'édiction de règlements *praeter legem*, comme nous aurons l'occasion de le voir.

4 P.-M. GAUDEMET, « P. Laband et la doctrine française de droit public », *RDV* 1992, p. 974.

5 Sur le principe monarchique, voir R. GARCIA MACHO, *La reserva de ley*, éd. Ariel, Barcelone, 1988, p. 27 et note I, avec les auteurs cités. Son origine résiderait dans la Charte du 4 juin 1814, même si ce sont les auteurs germaniques qui l'ont développé.

6 On imagine à quel point un tel conflit aurait été inconcevable en France à la même époque, considérant la subordination du Gouvernement au Parlement.

Section I

L'EMPRISE DE LA RÉSERVE DE LOI

La réserve de loi se caractérise, selon les propres termes de son concepteur, Otto Mayer, comme une exclusion de l'initiative de l'Exécutif dans les secteurs qu'elle recouvre⁷. Elle permet ainsi d'opérer un classement, selon qu'une matière est ou non incluse dans son champ, entre ce qui relève du législatif et ce qui relève de l'Exécutif : cette institution permet la fixation du domaine de la loi, duquel on déduit, par soustraction le domaine réglementaire.

§ 1 - LA DÉTERMINATION DU CHAMP RÉSERVÉ À LA LOI

On comprend l'importance que revêt la détermination du champ d'intervention de la loi, dans la mesure où toute matière sur laquelle le législateur se voit réserver une capacité d'intervention diminue d'autant les facultés de l'Exécutif monarchique.

Les premières idées selon lesquelles il est possible de configurer un domaine matériel conféré au législateur ont été développées par Paul Laband. Dans ce cadre, la définition de la réserve de loi dépend étroitement de la conception de la loi.

Reprenant les idées de V. Stockman⁸, P. Laband considère que la loi peut être entrevue à un double point de vue, matériel et formel.

Sous l'angle matériel, la loi est l'unique moyen de créer des droits ou d'imposer des obligations⁹. Doit donc être considérée comme loi toute règle juridique disposant d'un effet obligatoire. C'est cette norme qui doit définir le statut juridique du citoyen, établissant les limites de la liberté d'action de l'individu. Entendu au sens matériel, la loi s'identifie à la création du droit. Dans ce cadre, le contenu de la norme permet de construire la notion de loi. De la même façon, il existe une conception matérielle du règlement, permettant de définir celui-ci comme un énoncé, dépourvu de caractère juridique, ayant trait à l'organisation administrative, entendue au sens large. L'opposition entre la loi matérielle et le règlement matériel se résume à la dialectique entre « règle juridique » et « règle administrative ». La différence entre la loi et le règlement réside dans l'objet matériel de leur régulation. Il en résulte que ces deux types sont rigoureusement indépendants, puisque leur intervention se situe par définition sur des domaines distincts. La séparation existant entre ceux-ci est matérielle, ce qui place la loi et le règlement sur un même plan horizontal : il n'existe pas de hiérarchie entre eux, mais seulement des espaces distincts qui leur sont attribués.

On rejoint là le deuxième angle de perception de la loi. Celle-ci peut être aperçue sous un angle formel. La loi est alors le texte émané du Parlement, comme le règlement est, en fonction du critère organique, celui issu de l'administration. Les concepts de loi et de règlement formels et matériels sont totalement indépendants les uns des autres, et peuvent donc se combiner

librement entre eux. Il peut ainsi exister une loi matérielle, contenue dans un acte réglementaire ; de la même façon, il est possible d'imaginer une loi au seul sens formel, c'est-à-dire un acte voté par le Parlement, mais contenant des seules normes à effet interne. Cependant, il y a nécessairement une certaine cohérence entre les deux conceptions de la loi. En effet, toute création de droit, caractéristique de la législation matérielle, est une activité discrétionnaire qui implique d'importantes transformations des droits et obligations des citoyens. En conséquence, la loi matérielle doit être élaborée par un organe indépendant de l'Exécutif et représentatif des individus dont la situation juridique va être modifiée : le Parlement. Cette exigence tend à faire coïncider la loi matérielle et la loi formelle, dans la mesure où le législateur se voit réserver la création du droit objectif. Concrètement, P. Laband, appliquant son raisonnement dans le cadre prussien qui lui sert de modèle, considère que l'article 62 de la Constitution de 1850 (prévoyant que « l'accord du Roi et des deux Chambres est indispensable pour toute loi ») utilise le concept de loi matérielle. Le consentement du Parlement est donc nécessaire pour la création de toute règle juridique, qui revêtira ainsi le caractère de loi formelle. Cette disposition a pour effet de créer une réserve de loi couvrant la formation des règles juridiques, présupposant alors l'identification entre les deux conceptions de la loi. De même, l'article 62 entraîne l'impossibilité, compte tenu de la réserve qu'il institue, qu'une loi matérielle soit contenue dans un règlement formel, puisque c'est au Parlement qu'est réservée l'édition de la loi matérielle. Néanmoins, cette affirmation doit être nuancée, puisque le législateur peut valablement habiliter le règlement à poser une « règle juridique »¹⁰. L'interdiction ne concerne que les règlements formels spontanés. Ces derniers ne sont à leur tour compétents que pour réguler les matières résiduelles non comprises dans la réserve de loi, c'est-à-dire pour définir les « règles administratives ». Là encore, sauf le cas d'une habilitation législative, la Constitution implique l'identité entre les conceptions formelles et matérielles du règlement.

Si la conception matérielle de la loi crée incontestablement une sphère réservée au Parlement, la construction d'Otto Mayer s'appuie sur un point de départ différent pour définir l'ampleur de la réserve de loi. Reprenant la classification opérée en son temps par Von Stein¹¹, cet auteur énonce que seule la loi peut poser une réglementation attentatoire à la liberté ou à la propriété¹². Il s'inspire ainsi des idées de Locke qui postule que l'objet de la réunion des individus en société réside dans la nécessité de protéger la liberté et la propriété, et qu'en conséquence, toute loi affectant ces matières nécessitent le consentement des acteurs du contrat social¹³.

Cet impératif du recours à la loi pour toute régulation affectant la liberté et la propriété est parfois consacrée expressément par le texte constitutionnel¹⁴. Cependant la Constitution impériale ne consacre nullement une telle clause. Malgré une telle situation de fait, d'après Otto Mayer, « personne ne doute que la puissance de l'Empire ne peut pas contraindre, ni imposer des charges, ni porter atteinte à la liberté et à la propriété des sujets autrement qu'en vertu d'une

⁷ *Le droit administratif allemand*, V. Giard et E. Brière éditeurs. Paris, 1903, collection Bibliothèque de droit public, t. I, p. 92 et s.

⁸ Cf. C. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1979, p. 122 et s.

⁹ Cette idée sera reprise, au début du siècle par le Conseil d'État français (cf. *infra*, 2^e partie).

¹⁰ Cf. *infra*, section II, paragraphe 2.

¹¹ Cf. R. GARCIA MACHO, *op. cit.*, p. 41.

¹² « *Freiheit und Eigentum* ».

¹³ Cf. C. STARCK, *op. cit.*, p. 178.

¹⁴ Par exemple, article 65 de la Constitution du Royaume de Bade de 1818 ; article 85 de la Constitution saxonne de 1859. Pour d'autres références, voir C. STARCK, *op. cit.*, p. 119 et s.

loi »¹⁵. En effet, la consécration de la compétence parlementaire en ces matières serait désormais suffisamment établie pour qu'il ne soit pas utile de la mentionner explicitement. Par contre, l'article 5 de la Constitution de l'Empire, énonçant que « la législation de l'Empire est exercée par le Bundestag et le Reichstag », signifierait implicitement que la loi a « seule la force de porter atteinte à la liberté et à la propriété »¹⁶.

Ce faisant, par le biais de la liberté et de la propriété, cette théorie établit un lien entre la réserve de loi et les droits fondamentaux. Elle garantit que toute intervention relative à la liberté ou à la propriété devra être le fait d'un acte législatif, c'est-à-dire d'un acte élaboré avec le consentement des représentants des titulaires de ces droits fondamentaux. En ce sens, la consécration d'une réserve de loi permet de suppléer l'absence de Déclaration des droits dans la Constitution¹⁷ : elle conduit à interdire les interventions du monarque non autorisées dans la sphère individuelle de la propriété et de la liberté, générant de la sorte une protection contre celle-ci. Cette équivalence entre la réserve et les droits fondamentaux est mise en évidence par Otto Mayer lui-même qui souligne que l'établissement de droits fondamentaux dans la Charte constitutionnelle indique la consécration d'une réserve de loi¹⁸. On trouve ici la genèse du lien jamais démenti par la suite entre cette institution et les droits fondamentaux.

Quelles que soient les oppositions théoriques (centrées essentiellement sur le concept de loi), il faut retenir que les auteurs s'accordent à reconnaître que la réserve de loi permet d'attribuer au législateur la définition des règles ayant un effet sur la situation juridique des individus, afin que ceux-ci disposent d'un pouvoir de contrôle sur l'édition des normes qui les concernent. Cette institution apparaît avant tout comme une garantie du caractère démocratique des limitations apportées à la sphère individuelle. Elle permet de satisfaire les aspirations de la bourgeoisie, en impliquant que certains objets particulièrement importants soient soustraits à la régulation initiale de l'Exécutif.

Pour autant, la réserve de loi ne supprime pas toute possibilité d'intervention normative gouvernementale. C'est ainsi qu'elle apparaît bien comme un « pacte » entre l'Exécutif et le législatif.

§ 2 - LA FONCTION DE DÉLIMITATION DE LA RÉSERVE DE LOI

La réserve de loi définit la compétence du législateur qui tend à être cantonnée dans le cadre des matières réservées. En effet, la réserve peut être analysée comme une attribution de compétence au profit du Parlement, mais aussi comme une limite à cette compétence. C'est dire que l'Exécutif dispose, en dehors des réserves, de prérogatives propres ; il détient là un pouvoir autonome de réglementation¹⁹. L'administration peut établir librement des normes dans les secteurs non concernés par la réserve de loi. Ces secteurs constituent le domaine réservé du monarque, sur lequel il conserve son ancien pouvoir de réglementation,

seulement amputé par les matières législatives. La définition de matières relevant du Parlement a pour contrepartie la reconnaissance au profit de l'Exécutif d'un domaine soustrait à la connaissance des Chambres. Celui-ci, pour être résiduel, n'en constitue pas moins un pouvoir originaire : il ne dérive pas de la loi.

La réserve de loi aboutit ainsi à une double limitation : l'Exécutif ne peut intervenir sur les matières réservées, mais à l'inverse le législatif ne peut s'évader de ces matières. En réalité, elle opère une répartition des tâches normatives entre les pouvoirs, en divisant les matières à réguler. Cette conception de la réserve la relie à la séparation des pouvoirs. Certes, comme le fait remarquer le professeur Fois, il ne s'agit pas de la séparation des pouvoirs telle que l'avaient envisagée les révolutionnaires français (l'opposition entre le pouvoir de poser d'un côté des normes générales et abstraites, et de l'autre d'appliquer ces normes à des cas concrets), mais de la séparation des pouvoirs telle qu'elle existait effectivement sous les auspices de la monarchie constitutionnelle allemande²⁰. Là encore, dès les débuts de l'institution, la relation est faite entre la séparation des pouvoirs et la réserve de loi. Ici, c'est la concurrence des prétentions régulatrices qui apparaît comme le moyen de la limitation réciproque des pouvoirs.

Le pouvoir réglementaire dont jouit l'Exécutif est la conséquence immédiate de la légitimité directe dont profite le monarque. Celle-ci est indépendante de la légitimité parlementaire. Dans ces conditions, la réserve de loi se résume à une limite extérieure à l'extension du règlement autonome, dans les seules matières précisément identifiées qui, compte tenu de leur importance pour les citoyens, doivent relever du législateur. En aucun cas la loi ne fonde, hors de la réserve, le pouvoir réglementaire de l'Exécutif qui se présente bien comme un pouvoir spontané. L'opposition d'une légitimité démocratique et d'une légitimité monarchique implique que les rapports entre la loi et le règlement sont des rapports de compétence et non des rapports de hiérarchie : ils agissent chacun dans une sphère distincte. Cette survivance du principe monarchique face au principe parlementaire justifie que la loi ne soit pas considérée comme le préalable indispensable à l'intervention réglementaire. Autrement dit, tant la loi que le règlement sont, chacun dans leur domaine respectif, des normes primaires.

On peut aussi opérer une double lecture de la réserve de loi. D'un côté, cette institution représente une progression des droits du Parlement, donc une victoire pour la dimension démocratique de la décision politique. De l'autre, la réserve de loi laisse intact le principe des capacités autonomes de réglementation de l'Exécutif, permettant même de cantonner et de discipliner les tendances du législateur à s'évader de l'emprise des matières réservées. Elle s'analyse alors comme un instrument dont bénéficie l'Exécutif pour la protection de son champ normatif. Cette institution se présente tout à la fois comme une évolution, dans la mesure où elle tend à affirmer et à protéger une véritable compétence législative, et comme un élément de conservatisme puisqu'elle fonde le maintien d'un pouvoir propre au profit du monarque. Cette ambivalence de la réserve s'explique par le fait qu'elle constitue le critère de répartition entre l'Exécutif monarchique et la représentation populaire.

Le champ réservé à la loi est nécessairement résiduel, puisqu'il s'étend à toutes les matières non comprises dans la réserve de loi : tout l'espace non couvert par cette institution peut être abordé par l'administration. Le monarque

¹⁵ *Le droit administratif allemand*, op. cit., p. 94.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 94.

¹⁷ J.-M. BANO LEON, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991, p. 43.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 93.

¹⁹ D'après Otto MAYER, hors des matières réservées, « le pouvoir exécutif reste libre ; il agit en vertu de sa propre force, et non pas en vertu de la loi » (*op. cit.*, p. 92).

²⁰ *La riserva di legge*, Giuffrè, Milan, 1963, p. 84. Pour R. GARCIA MACHO, l'hypothèse préalable de la réserve de loi réside dans la division des pouvoirs. Cf. « Problemática de la división de poderes en la actualidad », *Revista de derecho político*, 1986, n° 53, p. 183.

bénéficie donc de la compétence normative de principe, tandis que la compétence d'attribution est dévolue au législateur. Ceci se justifie par le motif que la légitimité monarchique est antérieure à la légitimité démocratique, les revendications représentatives étant soulevées face à des structures monarchiques déjà en place. On aboutit ainsi à une présomption de compétence en faveur de l'Exécutif. C'est la position prééminente de celui-ci au sein de l'ordonnement qui explique la prévalence de sa compétence, et la limitation de la compétence législative à des matières précisément déterminées.

Reste à tenter de cerner de façon positive les matières non assujetties à la réserve de loi. En premier lieu, figure certainement l'ensemble des règles ayant trait à l'organisation administrative. En effet, la théorie de la personnalité juridique de l'État distingue entre une sphère interne, au sein de laquelle il ne peut être envisagé de relations juridiques et une sphère externe²¹. C'est de là que les tenants de la distinction entre les deux conceptions de la loi énoncent que les règles relatives à l'Administration sont dépourvues de caractère juridique : elles n'ont aucun effet sur la situation des droits et obligations des citoyens. En tant que telles, elles peuvent être édictées spontanément, sans qu'une habilitation législative soit nécessaire²². L'administration n'établit pas, dans ce cas, du droit applicable pour tous les citoyens, mais définit des règles qui sont seulement opposables à elles-mêmes. Est en cause un pouvoir d'auto-organisation qui lie l'Administration pour le futur. Le pouvoir réglementaire autonome est donc avant tout un pouvoir réglementaire *ad intra*, contenant des règles non juridiques car de portée limitée à la sphère interne à l'administration et dépourvues d'effet sur les tiers.

Otto Mayer confirme l'attribution de cet espace à la libre régulation de l'administration. Il oppose pour cela les relations générales de sujétion aux relations spéciales de sujétion (« *besondere Gewaltverhältnisse* »). La situation de l'individu n'est pas la même qu'il se trouve dans l'un ou l'autre type de relation. La réserve de loi concerne les relations générales de sujétion, c'est-à-dire celles existant entre les citoyens et l'État, parce que dans celles-ci, est en cause directement ou indirectement leur sphère individuelle, concrétisée par la clause de la liberté et de la propriété. À l'inverse, lorsque le citoyen s'intègre volontairement ou involontairement, à l'organisation administrative, il perd le bénéfice de la réserve de loi²³, et ainsi la régulation de ces relations peut être le fait de règlements spontanés²⁴. Il en est de la sorte pour la situation des fonctionnaires, ou plus généralement pour l'organisation des services publics. Les actes pris en ces matières « ne sont pas destinés à formuler des règles de droit »²⁵. Il en va de même pour tout « rapport de sujétion créé spécialement pour le sujet ou plutôt pour une certaine pluralité de sujet »²⁶, c'est-à-dire ceux qui ont une relation particulière avec l'administration, notamment parce qu'ils sont sous l'emprise de son pouvoir disciplinaire. Tel est le cas pour les détenus, les élèves des établissements d'enseignement, ou les militaires. C'est parce que les rapports entre l'État et ces catégories déterminées sont des rapports distincts de ceux existants avec l'ensemble des citoyens que la réserve de loi n'est pas

applicable dans ces domaines. Reste qu'il faut bien admettre avec le professeur Fois que la notion de rapport de subordination spéciale n'est pas définie de façon rigide, s'agissant plutôt d'un concept suffisamment élastique pour permettre de justifier les interventions du règlement de police limitatives de la liberté et de la propriété²⁷. D'ailleurs, le pouvoir de police apparaît déjà comme un pouvoir propre du monarque, insusceptible d'être limité par la réserve de loi²⁸.

À cette sphère interne à l'administration, il faut ajouter dans le chef de compétence de l'Exécutif, toutes les interventions positives qui, loin d'entraîner des charges ou des restrictions, correspondent à la prestation de services, si bien que la situation juridique du citoyen en est améliorée. En effet, la protection de la réserve de loi ne se justifie que dans le cas d'atteinte négative au statut des citoyens, c'est-à-dire en cas d'atteinte à leur liberté ou à leur propriété²⁹. Ici, l'absence d'impact négatif sur les droits et libertés justifie la compétence réglementaire. Cette séparation entre deux types d'intervention préside à la controverse sur l'organe compétent en matière d'octroi de subventions publiques.

Au total, on constate que l'Exécutif possède encore un large champ de compétence, défini autour des facultés internes d'auto-administration. Ceci montre que le critère de définition de la réserve de loi, à savoir la clause « liberté et propriété », n'a pas encore exprimé, à cette époque, toutes ces potentialités. L'interprétation réductrice retenue de cette réserve est la manifestation évidente de la présomption de compétence dont bénéficie l'Exécutif.

Dans cette même perspective du bilan réciproque des compétences, il faut s'interroger sur la possibilité pour la loi de modifier la ligne de partage établie par la réserve de loi.

Section II

LA PORTÉE DE LA RÉSERVE DE LOI

La question peut être posée dans les deux sens. D'un côté, il s'agit de savoir si la loi peut autoriser le règlement à régir des matières qui lui sont pourtant réservées en vertu des critères précédemment exposés ; de l'autre, l'interrogation porte sur la possibilité pour les organes législatifs de s'évader du domaine déterminé par la réserve de loi, et corrélativement d'empiéter sur le domaine de l'Exécutif.

§ 1 - LA DISTINCTION ENTRE RÉSERVE DE LOI ET « PRÉFÉRENCE DE LOI »

Tandis que la réserve de loi attribue au législateur un domaine déterminé, la « préférence de loi » permet de qualifier la valeur de la loi dans la hiérarchie des normes. Est ici en cause non pas l'espace sur lequel la loi intervient, mais la force formelle de la loi.

21 Cf. J.-M. BANO LEON, *op. cit.*, p. 46, note 36.

22 P. LABAND, *op. cit.*, p. 546.

23 O. MAYER, *op. cit.*, p. 160 et 162.

24 Ces règlements étant édictés en vertu du pouvoir hiérarchique de l'administration (F. FLEINER, *Droit administratif allemand*, Delagrave, Paris, 1933, p. 51).

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*, p. 137.

27 *La riserva di legge*, *op. cit.*, p. 60, note 109.

28 *Ibid.*, p. 53.

29 Cf. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, p. 148, cité par S. FOIS, *op. cit.*, p. 59.

Pour Otto Mayer, la loi est placée au-dessus de toute autre activité de l'État, s'agissant d'une volonté supérieure et juridiquement plus forte. C'est ce qu'il signifie en écrivant que la loi est « irréfragable »³⁰. Ceci se caractérise par un effet passif de l'acte législatif : « la volonté de l'État, lorsqu'elle a cette origine, ne peut valablement être annulée, modifiée ou privée de ses effets par aucune autre voie »³¹, et aussi par un effet actif : la loi « annule tous les actes déjà émis au nom de l'État, qui lui sont contraires »³². Le législateur a donc le pouvoir d'édicter des normes qui abrogent toutes normes antérieures contraires, et qui à leur tour ne peuvent être modifiées ou supprimées que par d'autres actes émanant du Parlement. Ce sont ces deux propriétés qui sont résumées sous le vocable de « préférence de loi ».

Tandis que la réserve de loi aborde la question de la loi sous l'angle de son domaine, la « préférence de loi » permet de situer la loi par rapport à sa valeur hiérarchique vis-à-vis des normes non législatives. Les deux perspectives d'étude sont différentes puisque l'une se place sur le plan de la compétence, tandis que l'autre développe son analyse sur un plan hiérarchique. La superposition de ces deux principes préfigure la nécessité de combiner ces deux aspects pour obtenir une description de la réalité de la loi dans l'État moderne. Certainement distincts, ils s'entrecroisent autour du concept de loi.

Néanmoins, l'existence concomitante de la réserve et de la « préférence de loi » peut conduire à des difficultés. Dans le cadre de la réserve de loi, il n'existe aucun obstacle au jeu de la « préférence de loi » : toute initiative de l'Exécutif est proscrite, la seule possibilité d'intervention résidant dans la présence d'une habilitation législative qui conditionne alors le pouvoir réglementaire. Mais, on peut configurer d'autres cas dans lesquels l'application simultanée des deux principes aboutit à une contradiction. Ainsi, si la loi s'évade de l'espace délimité que lui attribue la réserve, la « préférence » dont bénéficie cette loi implique que le pouvoir réglementaire se conforme aux prescriptions législatives. Or, ce domaine appartient en propre au pouvoir réglementaire, puisque par hypothèse, il ne relève pas de la réserve de loi. La fonction délimitatrice de la réserve serait dès lors tenue en échec par la force hiérarchique de la loi, puisque l'Exécutif serait dépossédé des facultés normatives qui sont les siennes, compte tenu de l'impossibilité de modifier les dispositions législatives. Ainsi, l'utilisation par le Parlement de la « préférence de loi » lui permettrait de créer sur ce secteur une réserve de loi par voie législative : le principe hiérarchique prend alors le pas sur le principe de compétence. Dans ces conditions, « la préférence de loi » se présente comme un moyen de dépasser l'aspect restrictif précédemment étudié de la réserve, tout en étendant l'aspect positif, c'est-à-dire l'attribution de compétence législative qu'elle réalise. Elle autoriserait les « sorties » du législateur hors du cadre de la liberté et de la propriété, créant en conséquence un effet équivalent à celui de la réserve, considérant la supériorité hiérarchique des normes législatives. Il se produirait donc ce que la doctrine actuelle qualifie parfois de « congélation de rang », la norme réglementaire devenant incompétente pour régir ce qui pourtant ne fait pas partie, *a priori*, de la réserve de loi. Il y a création d'une réserve formelle de loi, c'est-à-dire d'un secteur réservé à la loi, non pas en considération de la matière, mais en conséquence du rang normatif des règles qui le régulent. C'est l'impossibilité pour le pouvoir réglementaire de déroger aux

normes supérieures qui gèle l'exercice de sa compétence. La matière bénéficie d'une présomption de « législativité ».

On voit ici à quel point les deux principes conservent leur autonomie, au moment même où la doctrine française rassemblait sous le nom de « principe de légalité », à la fois la supériorité hiérarchique de la loi et la détermination de sa compétence. Mais cette confusion était possible, en France, parce que justement, la loi avait une compétence illimitée et devait servir, en tout état de cause, de préalable à la compétence réglementaire ; ne bénéficiant d'aucune compétence propre, le règlement devait toujours respecter les prescriptions parlementaires. Dans ce cadre, « préférence » et réserve de loi sont toujours complémentaires. À l'inverse, dans l'Allemagne monarchique, toute mise en œuvre de la préférence au profit d'une loi intervenue hors de la réserve a pour effet de soustraire à la compétence propre du gouvernement une matière que la clause de la liberté et propriété lui attribue pourtant. Dans ce contexte, l'utilisation de la « préférence de loi » aboutit à des effets opposés à ceux résultant de la réserve. De là, la nécessité de distinguer entre ces deux principes.

D'ailleurs, la combinaison entre la « préférence » et la réserve de loi peut aussi tourner à l'avantage de cette dernière. Il peut être envisagé que l'action de la préférence de loi soit limitée à la sphère de la réserve de loi. Celle-ci constituerait un frein à l'applicabilité de la préférence : ce n'est que dans les espaces réservés que la loi bénéficie de sa supériorité hiérarchique. Les deux concepts attachés à la loi ne pourraient être mis en œuvre que simultanément. Tandis que dans l'hypothèse précédente, la « préférence de loi » constituait un moyen pour augmenter le champ de la réserve, au cas présent, c'est la réserve qui restreint le champ d'action de la préférence. Ici, c'est le principe de compétence qui absorbe le principe hiérarchique. Cette hypothèse signifie que le règlement n'est pas tenu par la loi qui aurait outrepassé son domaine, la force formelle de la loi étant limitée à l'espace couvert par la réserve.

La possibilité que le législateur outre passe le cadre que lui impartit la réserve de loi avait été envisagée par Paul Laband. En effet, même si cet auteur considère que les conceptions formelles et matérielles de la loi coïncident la plupart du temps, il admet que la loi formelle puisse ne pas être simultanément une loi matérielle. Tel est le cas lorsque le législateur énonce des règles sans aucun contenu normatif, c'est-à-dire sans créer de droit ou d'obligation au profit des citoyens. Dans ces conditions, « la loi ne formule pas de véritable droit et, en conséquence, l'administration n'est pas tenue par des normes juridiques »³³. Le législateur, en s'évadant de la réserve n'a pas créé de normes juridiques. Il en résulte que l'Exécutif peut à tout instant réglementer son domaine matériel, nonobstant l'existence de règles législatives antérieures : le règlement matériel peut contrecarrer la loi simplement formelle. Cette prééminence de la compétence sur la hiérarchie normative permet à cet auteur d'apporter une solution juridique au conflit budgétaire prussien de 1862. D'après Laband, le budget de l'État constitue un acte administratif par nature. En effet, il ne contient en lui-même aucune « règle juridique », s'agissant d'un simple calcul prévisionnel de dépenses et de recettes. Consécutivement, en l'absence de volonté parlementaire de voter le budget, le gouvernement peut se substituer au législateur pour édicter un acte matériellement administratif.

30 *Le droit administratif allemand, op. cit.*, p. 89.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 I. DE OTTO, *Derecho constitucional - sistema de fuentes*, Ariel derecho, Barcelone, 1987, p. 178.

Quoi qu'il en soit, le problème de la combinaison entre la réserve de loi et la « préférence de loi » est demeuré largement théorique sous la monarchie constitutionnelle allemande et n'a donné lieu à aucun conflit important. Ceci est dû à un certain consensus entre organes constitutionnels sur la répartition des compétences normatives. Ainsi, l'Exécutif monarchique tend à cantonner le législateur (qui lui-même se satisfait, dans un premier temps, des compétences qui lui sont enfin reconnues) dans les limites de la réserve de loi. Certes, des dépassements de compétence législative peuvent se produire, mais c'est le plus souvent avec l'accord de l'Exécutif, qui, pour des raisons tactiques, admet cet élargissement ³⁴.

Le législateur bénéficie, au moins dans les secteurs réservés à la loi, de la « préférence de loi ». Ceci signifie aussi qu'il puisse en disposer. En effet, ce principe est prévu en sa faveur et ne s'impose donc pas à lui. Des lois peuvent valablement admettre que des actes inférieurs modifient leurs propres dispositions ou celles établies par des lois antérieures ³⁵ : le Parlement peut renoncer à la valeur hiérarchiquement supérieure de la loi. Ces réflexions devaient constituer les bases des débats sur la possibilité pour le législateur d'opérer des délégalisations, qui devaient se développer après la première guerre mondiale.

Si la « préférence » de loi ne s'oppose pas à ce que le législateur autorise l'Exécutif à modifier ou à abroger une réglementation législative préexistante, on peut se demander si, de façon similaire, la réserve de loi n'interdit pas que la loi puisse habiliter le règlement à agir à sa place.

§ 2 - LA RÉSERVE DE LOI NE S'IMPOSE PAS AU LÉGISLATEUR

Dans l'hypothèse précédente, était en cause une législation déjà existante, dans un secteur déterminé, produisant les effets attachés à la préférence de loi. Dans l'hypothèse actuelle, il s'agit de savoir si le législateur peut renoncer à une compétence qu'il n'a pas encore exercée, mais que la réserve de loi lui attribue. Plus exactement, la question réside dans la validité d'une régulation seulement partielle de la matière, le restant étant renvoyé au pouvoir réglementaire. Ici, ce n'est pas l'existence d'une loi préalable qui bloque l'intervention réglementaire, mais l'appartenance de la matière à la réserve de loi.

Le problème se ramène à déterminer si cette institution, dont le principal effet consiste à interdire l'intervention spontanée de l'Exécutif dans le champ qu'elle couvre, implique aussi une obligation d'agir pour le Parlement. En bref, l'interrogation porte sur l'opposabilité de la réserve au législateur.

Dès le début, Otto Mayer admet que celle-ci n'entraîne pas pour le législateur l'obligation de réguler la matière qui lui est réservée. Il peut, moyennant une loi d'habilitation, autoriser l'Exécutif à intervenir sur cette matière : « Ce sont les autorisations de la loi, ... dont le Gouvernement a besoin pour commander, imposer des charges, et, d'une manière générale, pour tout ce qui se traduit par une atteinte à la liberté ou à la propriété » ³⁶. Ainsi, les interventions affectant la propriété et la liberté peuvent être le fait de règlements, dûment habilités par la loi. La réserve de loi ne suppose pas que

toute réglementation en ces matières soit directement le fait du législateur. Elle implique seulement que celui-ci ait consenti à l'utilisation par l'Exécutif, sur ce secteur, de ses pouvoirs normatifs. L'idée sous-jacente est que la réserve de loi est établie au profit des parlementaires ; étant prévue en leur faveur, ces derniers peuvent librement y renoncer : « ce serait renier la liberté même que de vouloir leur octroyer cette protection malgré eux » ³⁷.

De la sorte, la réserve de loi s'épuise par l'habilitation législative, en tant qu'acte exprimant la volonté parlementaire de se défaire de la matière ; point n'est besoin d'atteindre la réglementation effective de celle-ci. L'effet de la réserve est uniquement de conférer aux représentants une capacité de choix portant en premier lieu sur la détermination de l'autorité qui procédera à la régulation de la matière réservée. Elle n'interdit pas de transférer au monarque la charge de réglementer cette dernière.

Entendue de cette manière, la réserve de loi ne s'analyse pas en une contrainte pour le législateur. Il s'agit seulement de lui assurer un contrôle de la régulation des matières concernées, et de priver dans le même temps l'Exécutif de la décision primaire sur celles-ci.

Cet objet limité de la réserve de loi a pour conséquence la possibilité de configurer deux types de règlements. À côté des règlements autonomes hors de la sphère de la réserve, coexistent les règlements exécutifs. Le législateur ayant la possibilité d'habiliter le pouvoir réglementaire, les règlements intervenus au sein de la réserve grâce à cette habilitation, sont nécessairement pris en exécution de la loi. C'est parce que la loi est la condition *sine qua non* de leur intervention au sein de la réserve que ces règlements doivent se fonder sur un acte législatif pour être réguliers, tandis que les règlements hors de la réserve sont édictés *praeter legem*. Les matières réservées à la loi admettant la possibilité de régulation réglementaire, on peut opposer les règlements pris sur le fondement d'une loi à ceux édictés en l'absence de loi. Au sein de ceux-là, il est encore possible de subdiviser selon la portée du règlement. Otto Mayer considère en effet que même sans habilitation législative, les règlements nécessaires à l'exécution de la loi peuvent être édictés, et ce en vertu de la disposition constitutionnelle attribuant au monarque le pouvoir exécutif ³⁸. À l'inverse, il doit exister une clause d'autorisation dans la loi pour que le règlement puisse dépasser le strict cadre des mesures d'exécution, en complétant la loi ou en régulant librement ce qu'elle lui a abandonné ³⁹. L'habilitation législative manifeste la possibilité pour le législateur de renvoyer à l'Exécutif la réglementation d'au moins une partie de la matière réservée ; elle permet en effet d'élargir l'espace ouvert au profit du règlement, qui peut ainsi dépasser la simple exécution de la loi. Le terme d'habilitation prend alors tout son sens : le monarque est autorisé par le législateur à se saisir d'aspects d'une matière qu'il n'aurait pu entrevoir de sa propre initiative. Le règlement pris sur habilitation législative agit dans le cadre de cette habilitation, tandis que le règlement spontané pris pour l'application de la loi est limité par les contraintes de sa finalité, c'est-à-dire qu'il ne doit contenir que des règles nécessaires pour la mise en œuvre concrète de la loi. Dans le silence de la loi, l'Exécutif ne peut intervenir au sein de la réserve que pour

34 Cf. S. FOIS, *op. cit.*, p. 74, note 135.

35 O. MAYER, *op. cit.*, p. 91.

36 O. MAYER, *op. cit.*, p. 95.

37 O. MAYER, *op. cit.*, p. 122.

38 *Op. cit.*, p. 95.

39 *Ibid.*

prévoir les conditions d'application de la loi⁴⁰. Par contre, sur l'autorisation de la loi, il peut se substituer au législateur. Celui-ci dispose donc de la possibilité de créer un champ de compétence pour le pouvoir réglementaire, au détriment de sa propre compétence. Le Parlement a ainsi la capacité d'opérer une répartition des compétences entre la loi et le règlement, puisque, dans cette conception, la réserve de loi ne lui impose pas l'exercice effectif de sa propre compétence. C'est lui qui fixera au moyen des habilitations législatives, la ligne de démarcation séparant loi et règlement, et ce sans préjudice de la compétence autonome dont jouit l'Exécutif dans les matières non réservées. Au total, le pouvoir réglementaire bénéficie de plusieurs fondements : hors de la réserve, il se base directement sur les pouvoirs normatifs du monarque ; dans la réserve, il se fonde sur la loi, soit de façon tacite (et voit alors son champ réduit à la détermination des mesures nécessaires à l'exécution de la loi), soit de façon expresse (et c'est alors la loi qui fixe les limites de son intervention). La réserve de loi se présente vis-à-vis du pouvoir réglementaire comme une limite que seul peut modifier le législateur. L'absence d'opposabilité de la réserve de loi au Parlement entraîne non seulement la possibilité d'habilitations législatives, mais implique aussi que celles-ci peuvent être très générales, sans conditionner le pouvoir réglementaire, auquel elles ouvrent un espace. Rien n'empêche en effet le législateur de conférer à l'Exécutif un pouvoir discrétionnaire de régulation, en se contentant d'énoncer le principe de la compétence réglementaire sur une matière déterminée. Reste que cette situation était en fait peu envisageable à l'époque compte tenu de la présence de forces politiques antagonistes occupant le législatif et l'Exécutif, cet organe n'ayant *a priori* aucune raison de transférer à son adversaire des facultés normatives.

Toutefois, le professeur Fois a montré comment l'absence d'obligation imposée par la réserve du Parlement s'insérerait dans la perspective du développement de ses droits⁴¹. Dans ce contexte, il peut être opportun pour le législateur de renvoyer la fixation des décisions sur une matière à l'Exécutif. En effet, dans ce cas, c'est le Gouvernement qui endosse la responsabilité vis-à-vis de l'opinion publique des décisions intervenues, entraînant éventuellement un affaiblissement de sa légitimité. La possibilité parlementaire de se défaire de la régulation d'une matière apparaît bien comme une arme tactique. À l'instar du pouvoir réglementaire dans sa sphère de compétence, le législatif ne souffre pas de restrictions dans les matières réservées, puisqu'il possède même un pouvoir discrétionnaire sur la sélection du mode de régulation de la matière. Cette liberté du législateur, dénuée de toute contrainte de régulation, fait pièce à celle dont bénéficie l'Exécutif monarchique, et lui permet de lutter à armes égales. Dans le contexte du conflit politique entre les deux pouvoirs, il aurait été inconcevable que le législateur soit handicapé par une obligation de régulation, alors que la faculté de renvoyer cette responsabilité semble bien être un élément du jeu politique.

La réserve de loi se dévoile dès l'origine comme une création finalisée. Elle permet d'apporter une solution juridique à un antagonisme politique, évitant que celui-ci s'exacerbe et conduise à des échappatoires de fait (révolutions, *pronunciamento*). Ce faisant, elle apparaît étroitement liée à une certaine

structure politique, dans laquelle le Parlement, loin d'occuper une position centrale, n'est qu'un organe qui vient s'agréger à un Exécutif préexistant. La conception même de la portée de la réserve de loi, considérée comme simple disposition de compétence, traduit son origine en tant que réponse à une crise historique délimitée.

Par la suite, cette institution allait se départir de ce contexte originel, historiquement marqué, en évoluant quant à son champ d'application et quant à sa signification. En effet, la clause de la liberté et de la propriété devait peu à peu tenir toutes ses promesses d'extension, notamment du fait d'un considérable élargissement des concepts de liberté, intégrant progressivement toute la sphère d'action de l'individu, et de propriété, entendu comme incluant toute une série de droits patrimoniaux. De même, la modification des antagonismes sociaux et la dynamique démocratique translatent la lutte politique du binôme Exécutif/législatif au complexe majorité parlementaire-gouvernement opposé à la minorité parlementaire ; ceci implique alors que cette dernière puisse faire valoir ses arguments dans le cadre d'une procédure parlementaire dialectique. Pour autant, les antécédents historiques de la réserve n'ont jamais totalement disparu de l'analyse de cette institution. Ils sont notamment souvent rappelés par ses détracteurs pour avancer la non transposabilité de celle-ci aux ordres juridiques contemporains. C'est ce « handicap » qu'il nous faudra examiner.

40 Et encore, d'après Otto MAYER, la loi pourrait exclure cette compétence d'exécution en interdisant toute intervention réglementaire.

41 *Op. cit.*, p. 69 et s.

Chapitre II

LA SIGNIFICATION ACTUELLE DE LA RÉSERVE DE LOI

La transformation des impératifs de la réserve de loi est due à une modification de sa signification au sein de l'ordonnement juridique. Simple incapacité pour l'Exécutif d'intervenir spontanément sur une matière, elle se transforme en une interdiction pour le législateur de renoncer à sa compétence. Ceci traduit une modification de la fonction de la réserve de loi.

Reste que l'interdiction d'habiliter l'Exécutif à intervenir sur la matière réservée est susceptible de varier d'intensité, en fonction du type de réserve imposé par la Constitution.

Section I

LA FONCTION DE LA RÉSERVE DE LOI

La conception originaire de la réserve de loi est étroitement liée aux données politiques ayant présidé à son élaboration. Pacte entre une aristocratie en déclin et une bourgeoisie ascendante, elle implique que certaines matières, déterminées par la clause de la liberté et de la propriété, relèvent de la décision initiale du Parlement. Mais comme on a pu le voir, ce pouvoir ne se traduisait pas en une obligation de régulation effective, le législateur étant toujours libre de renvoyer à l'Exécutif tout ou partie du secteur normatif en cause.

L'objet de la réserve est alors de s'assurer que les limitations apportées aux libertés des citoyens ont été consenties par ceux-ci ou par leurs représentants. La réserve de loi se conçoit avant tout de façon négative, comme l'exclusion pour l'Exécutif de la possibilité d'intervention originaire, et donc comme l'interdiction pour ce dernier d'attenter aux droits et libertés des citoyens sans autorisation législative. La loi apparaît ainsi en tant que norme d'autorisation plus que comme norme destinée à définir une régulation. C'est l'assentiment des citoyens qui est recherché, dans le cadre du régime représentatif, à travers la loi. Il importe peu en conséquence que ce soit la loi qui procède elle-même à la définition des règles de fond gouvernant une matière réservée, ou que cette tâche soit renvoyée à l'Exécutif, dès lors que les représentants des citoyens ont donné leur assentiment à ce qu'il puisse opérer dans le secteur qui leur est primitivement dévolu. La réserve de loi n'implique pas plus que le gel des capacités d'intervention spontanée de l'Exécutif. Définie d'abord dans l'optique de la conquête des droits du Parlement face à l'omnipotence de l'institution monarchique, on comprend qu'elle ne s'impose qu'aux prétentions de celle-ci et non au législateur. La logique de l'autodétermination des citoyens quant à la restriction de leurs droits et libertés justifie que le législateur ne soit pas tenu d'opérer une régulation minimum de la

matière réservée : elle se satisfait du caractère dérivé de l'initiative de l'Exécutif, qui doit être spécialement autorisée par la loi.

Cette conception de la réserve de loi devait évoluer ultérieurement. En premier lieu, les constitutions modernes ont établi des réserves de loi en dehors des secteurs traditionnels des rapports entre les citoyens et le pouvoir. La réserve de loi rompt le lien avec la notion de liberté de l'individu et s'applique désormais à d'autres secteurs normatifs, comme l'organisation de l'administration ou du gouvernement, pourtant exclus par les juristes germaniques et considérés au contraire comme propres à la réglementation gouvernementale⁴². En second lieu, l'entrée en fonction d'un contrôle de constitutionnalité des lois devait entraîner une relecture de la notion et du contenu des obligations attachées à la réserve. Elle tend à devenir une norme opposable au législateur, supposant que celui-ci exerce effectivement la compétence que la Constitution lui attribue, sans qu'il puisse s'en défaire, sous peine d'inconstitutionnalité⁴³. La réserve ne suppose plus la simple intervention préalable du législateur, mais implique que celle-ci aboutisse à la définition de normes de fond, régulant la matière réservée.

[Par rapport à la conception originelle de la réserve, le législateur se voit déposséder de son pouvoir de décision relativement à l'organe compétent pour réguler en dernière instance la matière réservée : il est tenu d'exercer quantitativement la compétence que la Constitution lui assigne. Dans cette nouvelle conception consacrée par le droit positif, la réserve de loi constitue une charge pour le Parlement et non une simple faculté.]

RG 12

[en général par rapport au droit du siècle]

Il en résulte la nécessité de rechercher un nouveau fondement pour cette institution. Si au besoin de contrôler les actions de l'Exécutif pouvant porter atteinte aux droits et libertés, correspondait la remise au législateur de la seule capacité initiale d'intervention, la transformation de la réserve en une norme s'imposant aussi au législateur répond sans aucun doute à une mutation de son fondement, dépassant la simple exigence de la soumission à l'approbation des citoyens de la limitation de leur sphère de liberté. Il s'agit de s'interroger sur les raisons qui justifient la considération de la réserve comme une limite au législateur.

La première idée consiste à rechercher les caractéristiques de l'organe chargé de l'élaboration de la loi. Il en appert que la procédure parlementaire appelle la participation de la minorité à la formation de l'acte législatif. Une partie de la doctrine y a vu la cause de l'institution de réserves de loi.

Cependant, cette justification a été critiquée, et il faut sans doute la compléter.

§ 1 - LA RÉSERVE DE LOI, GARANTIE DE LA MINORITÉ

A priori, on voit mal en quoi, compte tenu de la réalité de la séparation des pouvoirs, la nécessité du recours à la loi constituerait une différence par rapport à une régulation opérée par voie réglementaire. En effet, à l'antagonisme entre l'Exécutif et le Parlement, correspondant à la description de la situation politique de l'Allemagne du début du siècle, et à la séparation théorique des pouvoirs, se substitue une séparation entre le bloc majorité parlementaire-gouvernement d'une

42 En ce sens, A. CERRI, « Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica », *Giuris. cos.* 1968, p. 2243.

43 Ceci ressort de l'ensemble des jurisprudences constitutionnelles des États dont la Constitution institue des réserves de loi.

part, et l'opposition d'autre part. Le gouvernement, au fur et à mesure de l'évolution et de l'installation du principe démocratique et du régime parlementaire, tend à devenir l'émanation de la majorité parlementaire et concentre peu à peu toutes les prérogatives antérieurement dévolues au chef de l'État. Ce déplacement des pouvoirs au sein de l'Exécutif s'effectue au profit de l'organe nécessitant la confiance parlementaire, et au détriment de celui possédant une légitimité propre. Il s'ensuit que peu importe que la régulation émane du gouvernement utilisant la voie décrétole, ou du législateur, puisqu'en définitive, les conditions politico-institutionnelles font que c'est la majorité qui décide. Cet argument est d'ailleurs renforcé par la notion de parlementarisme rationalisé et par le partage de l'initiative législative : l'Exécutif peut diriger l'action législative, ce qui lui permet de voir voter des lois dont le contenu le satisfait.

Néanmoins, il existe une différence fondamentale entre la loi et règlement, s'agissant de leur condition d'élaboration : la loi permet la sauvegarde des droits de la minorité. En effet, la procédure législative se caractérise par la participation, sous différentes formes, de l'opposition parlementaire, amenée à s'exprimer lors du débat parlementaire sur l'opportunité des mesures envisagées. Le recours à la loi implique la garantie d'un débat, qui plus est public.

Cette publicité permet que soient connues la diversité des opinions et leur confrontation lors du débat parlementaire préluant à l'adoption du texte. Ce dernier élément constitue une importante différence avec les conditions d'élaboration des règlements. En effet, la loi n'est votée qu'après qu'une majorité d'idées se soit constituée, et après seulement que se soient opposées les différentes opinions relativement à l'opportunité de la norme projetée. Ici, l'opposition participe et influence autant qu'elle le peut la rédaction et le contenu des actes législatifs. L'Assemblée est composée de membres exprimant la diversité de la Nation (ou du peuple) ; elle constitue donc le lieu idéal pour débattre, puisque l'ensemble des intérêts majeurs y est représenté. Comme l'écrit C. Schmitt, « le Parlement est un lieu où l'on *délibère*, c'est-à-dire où l'on accède à la vérité relative par un processus discursif, en débattant avec des arguments et des contre-arguments »⁴⁴. Il favorise l'échange des opinions et la procédure parlementaire « crée des garanties que les différents intérêts des groupes représentés au Parlement pourront s'exprimer, se manifester dans une procédure publique »⁴⁵. Le travail parlementaire se définit de la sorte comme « le mode public de délibération par lequel une décision collective, appelée loi, est progressivement informée par des choix successifs, selon une procédure contradictoire et répétitive »⁴⁶.

Cette publicité des travaux et des discussions préparatoires au vote de la loi possède une portée considérable. Elle permet de prendre à témoin l'opinion publique, offrant à l'opposition une tribune lui donnant les moyens de développer son propre programme politique⁴⁷.

La publicité attachée à l'élaboration de la loi confère à l'opposition, à l'occasion de celle-ci un véritable droit d'expression. Cette fonction tribunicienne

est d'autant plus importante qu'elle s'intègre dans la préparation du mécanisme d'alternance démocratique.

Mais, outre cette démonstration à destination des citoyens en vue des prochaines échéances électorales, le débat au sein du Parlement aboutit nécessairement, à un degré plus ou moins important, à transformer le contenu de la loi. En procédant à l'échange des points de vue et des idées, la procédure parlementaire conduit à l'instauration d'un dialogue entre l'opposition et la majorité et par delà, entre les représentations des différents intérêts antagonistes. Elle tend « toute entière avec sa technique dialectique, qui repose sur un jeu d'argumentations et de contre-argumentations, de discours et réponses,... à faire aboutir des compromis »⁴⁸. La nécessité de rechercher une majorité la plus large possible de façon à montrer l'adhésion de la plupart des forces politiques à un texte législatif déterminé, confine parfois à la quête du consensus, et implique la transaction. La discussion inclut par elle-même la recherche du compromis : « par le jeu de la logique, de l'expérience, de la démonstration, les positions primitives peuvent être modifiées, des rapprochements peuvent s'esquisser, des conciliations et, finalement, des accords deviennent possibles »⁴⁹. Grâce à la discussion parlementaire, l'opposition est en mesure d'infléchir le choix majoritaire.

Certes, il serait facile d'opposer que le Parlement est à son tour dépendant du Gouvernement puisque dans le cadre du parlementarisme rationalisé (particulièrement mis en application par la Constitution de 1958), le Gouvernement peut limiter les capacités normatives de l'organe législatif, voire supprimer toute discussion⁵⁰, ou monopoliser l'initiative législative. Néanmoins, nier la possibilité réelle d'existence d'un débat au sein des assemblées parlementaires aboutirait à réduire leur rôle à celui de « chambre d'enregistrement », ce que dément assurément la pratique. Si, dans l'ensemble des pays européens, la majorité des textes soumis à l'approbation des parlements a une origine gouvernementale, leurs dispositions n'en ressortent pas indemnes et subissent parfois d'importantes modifications. Cette ampleur des modifications apportées par le législateur provient de la détention par celui-ci d'un pouvoir d'initiative dérivée, résidant dans le droit d'amendement. Elle permet d'affirmer que « l'influence du Parlement est bien réelle »⁵¹, et que celui-ci fait évoluer, en conséquence de la discussion poursuivie en son sein, le contenu initial de la loi. Édité par voie réglementaire, ce contenu n'aurait certainement pas subi les mêmes altérations, puisque non soumis à l'épreuve de la discussion parlementaire.

Cette capacité effective de modification du contenu législatif, notamment par le droit d'amendement traduit l'influence de l'opposition en tant que force de contestation et de proposition. Il peut d'ailleurs s'agir de l'opposition politique des partis non majoritaires ou d'une opposition dite « constructive » d'une partie de la majorité (cas du RPR sous les gouvernements Barre). Elle se manifeste tant en séance qu'en commission⁵². L'existence et la force de l'opposition peuvent aussi se voir confortées par le bicaméralisme, la Chambre haute n'étant pas

44 *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, Paris, 1988, p. 59. Souligné par l'auteur.

45 H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Economica, coll. Classiques, Paris, 1988, p. 60.

46 M. COUDERC, « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *Dalloz* 1975, chronique, XL.

47 En ce sens, S. FOIS, *La riserva di legge*, Giuffrè, Milan, 1963, p. 297. Et ce, sous réserve de la possibilité (exceptionnelle) pour les Chambres de siéger en session secrète, comme le relève cet auteur.

48 H. Kelsen, *op. cit.*, p. 61.

49 G. BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, Paris, 1971, t. 6, p. 249.

50 Article 49-3 de la Constitution française.

51 P. AVRIL, « Le Parlement législateur », *RFSP* 1981, p. 31.

52 Ainsi, selon le professeur Avril, « l'examen en commission favorise une confrontation plus libre et permet alors aux députés de la minorité d'exercer une influence, variable selon la nature et les implications politiques des textes », *op. cit.*, p. 25.

nécessairement de la même coloration politique que la Chambre basse (cas du Sénat de 1981 à 1986 et de 1988 à 1992). La discussion des projets de texte législatif devant la deuxième assemblée offre alors une véritable tribune à la majorité de celle-ci, c'est-à-dire à l'opposition.

Les causes de ces transformations résident dans l'acceptation par le Gouvernement de modifications d'origine parlementaire. Cette acceptation peut être plus ou moins volontaire, reposant parfois sur la nécessité d'un bon déroulement des débats parlementaires, l'opposition renonçant à l'utilisation de techniques dilatoires, voire au recours aux moyens d'obstruction parlementaire. En théorie maître de l'ordre du jour, le Gouvernement peut rechercher l'accord de l'opposition afin que l'essentiel de son projet aboutisse : « la crainte du retard peut parfois conduire le Gouvernement à se plier aux exigences de la minorité et à accepter des amendements que seule cette pression a imposé »⁵³. Certes, ces modifications n'affectent pas l'économie générale du projet de loi, mais elles sont susceptibles de concerner des dispositions importantes.

Le recours à la voie parlementaire permet donc une participation effective de la minorité, non seulement aux débats publics, mais encore au contenu de la norme élaborée, lui accordant une possibilité réelle d'altérer les dispositions législatives projetées.

L'utilisation de la voie parlementaire confère à l'opposition des capacités d'expression qu'elle ne peut retrouver en cas d'usage du pouvoir réglementaire. Celui-ci se caractérise au contraire par une certaine opacité dans la prise de décision, la procédure d'élaboration des règlements étant interne à l'institution bureaucratique que constitue le complexe administration-gouvernement.

Cette différence entre d'une part une procédure fondée sur un débat public et d'un autre côté une édicition secrète est tellement importante qu'elle paraît à certain comme anachronique. Ceci explique les tentatives pour « démocratiser » les phases préalables à l'édiction des actes réglementaires, qui ressort comme une tendance de la science administrative moderne. Il faut d'ailleurs noter que les procédés employés pour arriver à cette fin proviennent de systèmes juridiques qui ne connaissent pas la réserve de loi, et où la loi peut donc librement habiliter l'Exécutif⁵⁴. On peut penser qu'il s'agit là de compenser, par une démarche participative, les capacités illimitées d'habilitation du pouvoir réglementaire et l'absence d'interdiction pour le législateur de renoncer à la régulation de quelque matière que ce soit⁵⁵.

53 G. CARCASSONNE, « La résistance de l'Assemblée nationale à l'abaissement de son rôle », *RFSP* 1984, p. 916.

54 Par exemple, la consultation préalable des administrés dérive tout naturellement du « *Hearing* » américain. Il en va de même pour la prépublication des actes réglementaires. Sur ce dernier point, voir J. WOERLHING, « Les problèmes de la désinflation normative au Québec », in *Les dérèglementations*, IFSA-Economica, Paris, 1987, p. 165 et 169.

55 Cette absence d'obligation d'exercer une certaine compétence ne faisant que refléter l'adage anglo-saxon selon lequel « le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme ». Cette possibilité de délégation a d'ailleurs été très critiquée, au motif que « l'élaboration des textes dans le secret des bureaux ne donne pas aux libertés publiques les mêmes garanties qu'une discussion au grand jour dans l'enceinte du Parlement ». B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 9^e éd., 1989, Colin, p. 309. Dans cette optique, on peut aussi placer les techniques tendant à permettre un contrôle *a posteriori* des dispositions réglementaires comme le veto législatif, dont la Cour suprême des États-Unis a d'ailleurs constaté l'inconstitutionnalité (Sur ce point, voir L. ROUBAN, « L'inconstitutionnalité du veto législatif aux États-Unis : bouleversement ou rééquilibrage des pouvoirs », *RD* 1984, p. 949-970), ce qui aboutit à faire contrôler par le Parlement les mesures édictées par voie réglementaire, palliant de la sorte la non édicition de ces mesures par l'assemblée elle-même. De plus, la Cour suprême des États-Unis, se fondant sur la séparation des pouvoirs, impose désormais que la législation ne confère pas à l'exécutif un blanc-seing, mais pose des règles

Néanmoins, le principe demeure celui du secret de la préparation des actes réglementaires opposé au caractère public de l'élaboration des lois. C'est ce que constate E. Landowski, en considérant qu'au « *secret des délibérations gouvernementales* [...], aux règles et aux pratiques restrictives limitant l'accès du public aux processus internes qui précèdent la décision administrative, s'oppose le principe de la *publicité* des débats parlementaires »⁵⁶.

D'autre part, l'ensemble des techniques utilisées pour contribuer à remplacer le caractère contradictoire à l'occasion de la définition des normes réglementaires ne saurait atteindre une intensité de discussion équivalente à celle du débat parlementaire. L'analyse montre que la participation des intéressés à la formation de la norme réglementaire ne saurait remplacer la discussion menée dans l'enceinte d'une assemblée représentative. En effet, « la consultation préalable aboutit à ce que seuls les groupes intéressés et organisés, qui disposent de certains moyens économiques, mettent concrètement à profit l'occasion d'intervenir ; ces groupes sont d'ailleurs très souvent les bénéficiaires de la réglementation. Quant aux membres du grand public, qui en supporteront généralement le coût, ils sont d'habitude trop peu motivés et organisés pour prendre en main la défense de leurs intérêts »⁵⁷. Cette analyse est encore plus pertinente lorsque la procédure d'édiction est strictement interne à l'administration : l'intervention des groupes de pression est officieuse et ne peut donner lieu à aucune réplique, puisque méconnue. Le Parlement n'est pas non plus épargné par les interventions des groupes de pression, mais d'une part celles-ci sont facilement décelables à cause du caractère public de la procédure parlementaire, d'autre part la diversité de la représentation de l'Assemblée, due à son origine démocratique, fait que ces interventions partisans sont corrigées par la présence au sein de l'assemblée, d'intérêts antagonistes et contradictoires. Il s'agit du seul organe apte à opérer la pondération de tous les intérêts existants ou latents au sein de la collectivité.

La volonté de faire échapper des décisions dans certaines matières, à l'influence de groupes de pression, sert parfois de fondement spécifique à des réserves de loi⁵⁸.

Ce sont les caractéristiques de la loi qui justifient la prévision de réserves de loi.

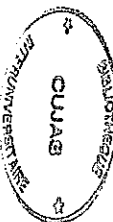
C'est ce que résume F. Rubio Llorente : « ce qui particularise la loi en tant que forme supérieure [...] de création du Droit dans un système démocratique est son mode d'élaboration au Parlement, à travers la discussion et la négociation entre les différentes forces politiques et en présence constante de l'opinion

aptes à encadrer l'exercice du pouvoir réglementaire (Décision *INS/Chadha*, 23 juin 1983, 462 US 919 ; sur les questions de « *delegated legislation* », voir entre autres, E.-L. RUBIN, « Law and legislation in the administrative state », *Columbia law review* 1989, vol. 89, p. 369).

56 « Le débat parlementaire et l'écriture de la loi », *RFSP* 1977, p. 432. Les termes soulignés le sont par l'auteur. Celui-ci met en lumière le fait que la publicité est une donnée constitutive de la loi, se distinguant du simple « rendu public ». Pour un même type d'exposé en droit comparé, voir R. GARCIA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelone, 1988, p. 114.

57 J. WOERLHING, *op. cit.*, p. 170.

58 Tel serait par exemple, la raison d'être de la réserve de loi de l'article 36 de la Constitution espagnole, renvoyant à la loi la fixation des règles en matière de professions réglementées. Pour J.-M. FERNANDEZ PASTRANA, citant le professeur Sainz Moreno, les décisions en cette matière sont particulièrement sensibles aux pressions de groupes professionnels visant à améliorer leur position sociale, ou à défendre leurs avantages acquis. Dès lors, il est nécessaire de les soumettre à un débat public, ce qui constitue une solution efficace contre les pressions corporatistes (« *Medicos especialistas : reflexiones sobre una reciente jurisprudencia* », *RAP* 1990, p. 312-314).



publique. Les matières régulées par la loi, celles qui constituent la réserve de loi, doivent être celles et seulement celles vis-à-vis desquelles ce processus de décision publique et de négociation entre les différentes forces politiques présentes dans la Chambre paraît essentiel »⁵⁹.

Néanmoins, cette justification de la réserve de loi n'est pas exclusive et d'autres ont été avancées.

§ 2 - LES JUSTIFICATIONS COMPLÉMENTAIRES

En premier lieu, il a été mis en relief que la protection de la minorité était un aspect du principe démocratique, si bien qu'en réalité, la réserve de loi devait être rattachée directement à ce principe⁶⁰. La notion de protection de la minorité qu'inclut incontestablement la réserve ne lui serait pas spécifique. Ainsi, certains auteurs ont remarqué que des secteurs de l'administration étaient eux aussi organisés de façon à assurer une protection effective de la minorité⁶¹. La protection de la minorité ne paraît pas être une explication propre à la réserve de loi, et semble en tout cas insuffisante à justifier sa prévision, puisqu'elle peut être assurée par d'autres moyens.

Aussi, il a été proposé de déterminer la fonction de la réserve de loi par rapport au caractère démocratique de l'État. Dans cette logique, il apparaît normal de confier au Parlement en tant que détenteur de la souveraineté populaire, les décisions politiques d'importance fondamentale⁶². Le Parlement serait un point de passage obligatoire pour l'ensemble des normes primaires de la collectivité, parce que le principe démocratique implique que ce soit un organe élu qui pose les normes essentielles de la vie sociale.

Toutefois, il a été opposé que le Gouvernement possédait nécessairement, dans un régime parlementaire, la confiance de l'assemblée. En ce sens, il est investi démocratiquement puisqu'il s'agit d'une émanation de la représentation populaire. La période du conflit entre l'Exécutif possédant une légitimité propre et le législatif, préluant à l'institution de la réserve de loi, est désormais révolue. À l'heure actuelle, le Gouvernement, détenteur du pouvoir réglementaire, tire son origine de l'investiture accordée (nécessairement) par la chambre représentative. La composante démocratique n'est donc pas absente de l'Exécutif, en charge de l'édiction des règlements⁶³. Cet aspect démocratique inhérent au Gouvernement impliquerait la non pertinence de l'invocation du principe démocratique pour justifier le recours à la loi, puisqu'il peut être également satisfait par l'un ou l'autre type d'acte normatif.

59 « Rango de ley, fuerza de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución », *RAP* 1983, n° 100-102, vol. 1, p. 430.

60 A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio sulla riserva di legge*, Turin, 1970, p. 36 et s.

61 Voir par exemple : A. CERRI, « Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica », *Giuris. cos.* 1968, p. 2241. Celui-ci fait notamment référence aux collectivités locales, gérées par des organes délibérants. De même, la participation des individus à l'élaboration des actes réglementaires permet l'expression de toutes les tendances. Cf. F.-T. RODRIGUEZ PONTON, « Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley », *Autonomías*, 1996, n° 21, p. 267.

62 A. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 65.

63 Et par exemple, la protection de la minorité s'inclut elle-même comme conséquence et comme condition de la démocratie.

Cependant, il est facile de constater qu'il existe une différence fondamentale entre les deux types de légitimité : celle du Parlement est puisée directement dans le peuple, tandis que celle du Gouvernement est indirecte, puisqu'elle dérive seulement du Parlement. La dimension démocratique du Gouvernement est affaiblie, compte tenu de son éloignement d'avec la source démocratique. Au contraire, celle-ci est en prise directe avec l'assemblée représentative. Il paraît alors logique d'attribuer à l'organe représentant de façon la plus directe la démocratie, les décisions fondamentales, de préférence à la réglementation gouvernementale, dont la légitimité est seconde par rapport à celle du Parlement.

L'appel au principe démocratique pour justifier l'institution de réserves de loi aboutit à une certaine conception de la loi, en tant que norme destinée à régir l'essentiel, c'est-à-dire à définir la régulation de base de la société. Ceci suppose une conception particulière de la réserve de loi, qui est censée couvrir l'ensemble des matières où s'opèrent les choix fondamentaux. L'idée de la réserve de loi en tant qu'attribution au Parlement, en considération de son émanation démocratique, du monopole de définition des grandes règles n'est pas neutre : elle procède d'un *a priori* sur le contenu de la réserve.]

D'autre part, l'invocation du principe démocratique est encore moins spécifique à la réserve que ne peut l'être la vertu protectrice de celle-ci, de nombreuses autres conséquences découlant du caractère démocratique⁶⁴.

Enfin, poussée à son terme, la déduction de la conception de la loi de son origine démocratique, aboutit à conférer au Parlement une prééminence incompatible avec l'idée de la réserve en tant que limite au pouvoir législatif : l'identification entre la loi et la démocratie amène à reconnaître à la loi un pouvoir sans limite⁶⁵.

L'explication de la réserve de loi par la nécessité de respecter une certaine procédure publique et contradictoire pour les matières qui en sont l'objet, dans un but de protection de la minorité, paraît prédominante. Toutefois, elle peut être complétée par d'autres éléments.

En particulier, la prévision de la compétence législative entraîne des conséquences quant à la possibilité d'exercice d'attributions constitutionnelles par des organes autres que le Parlement lui-même. Par exemple, dans le cas français, le recours au règlement prive le Président de la République de son droit de demander une deuxième délibération sur les dispositions qui ne sont pas insérées de ce fait dans la loi ; de même, le Conseil des ministres, comme le Conseil d'État ne peut être saisi de dispositions non présentes dans le projet de loi, ceci n'étant compensé que si l'Exécutif a recours à la catégorie du décret en Conseil des ministres ou du décret en Conseil d'État. Enfin, les différentes autorités de saisine peuvent soumettre le texte voté au Conseil constitutionnel pour qu'il examine sa constitutionnalité. Ce dernier point est d'ailleurs le plus significatif, puisque la tentation peut exister pour le Gouvernement d'utiliser la voie décrétole pour éluder le contrôle du juge constitutionnel⁶⁶. En obligeant le recours à la loi lorsque la Constitution le prévoit, le juge constitutionnel tendrait à éviter que

64 Cf. J.-M. BANO LEON, *Los limites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991, p. 93.

65 C'est ce que souligne X. PHILIPPE, in *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Economica-PUAM, Paris, 1990, p. 197.

66 Cet argument doit toutefois être relativisé dans le cas de lois particulières à une personne ou à un groupe de personnes physiques ou morales. Dans ce cas, les personnes intéressées disposent d'une moins grande faculté de recours que dans l'hypothèse où c'est un acte individuel qui viendrait amoindrir leurs droits, les voies d'accès au juge constitutionnel étant sûrement plus restreintes que celles de saisine du juge ordinaire.

l'autorité décrétable puisse éliminer à son gré, c'est-à-dire pour des raisons politiques, autant de « points de passage » obligatoires ou potentiels. Toute censure au titre de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence contiendrait donc en germe la censure latente d'un détournement de pouvoir. Cependant, il faut noter que la soustraction à la compétence du juge constitutionnel en conséquence de l'utilisation de la voie réglementaire ne présente pas un intérêt décisif, compte tenu de l'existence du contrôle de légalité des actes réglementaires. On peut même penser qu'en France, le caractère exclusivement préventif du contrôle représente un avantage puisqu'une fois passé ce cap, la loi est définitivement exonérée de toute remise en cause possible. Reste que la dévolution d'un pouvoir discrétionnaire par une loi n'exerçant pas la plénitude de sa compétence, est de nature à restreindre les capacités de contrôle d'un acte réglementaire, faute de normes législatives suffisamment précises pour réaliser la confrontation. Les juges ordinaires n'étant pas dans la même position que le juge constitutionnel, ils sont tenus de se conformer à la volonté du législateur, fût-elle d'accorder à l'Exécutif de larges possibilités d'actions inconditionnées. Ainsi, le contrôle est nécessairement amoindri, le juge ordinaire ne pouvant exercer qu'un contrôle restreint en présence d'une attribution inconditionnée du pouvoir réglementaire. Cette atténuation inéluctable du traitement juridictionnel de l'acte réglementaire par rapport à l'acte législatif entraîne l'amoindrissement d'une garantie fondamentale de l'État de Droit, savoir le principe de juridicité. En effet, si les mêmes dispositions avaient été édictées par voie législative, le juge constitutionnel aurait pu directement les confronter à la Constitution, sans que la volonté du législateur ne constitue un obstacle, comme pour le juge ordinaire.

Même si l'un et l'autre type de normes ne sont pas exemptes du contrôle juridictionnel, l'intensité de ce contrôle diffère selon l'organe qui en est chargé à cause de l'*interpositio legis*. Il y a donc intérêt à ce que la loi opère elle-même la régulation, du point de vue de l'efficacité du principe de juridicité⁶⁷.

D'autre part, la limitation du pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif, résultant de la nécessité pour la loi d'encadrer l'exercice du pouvoir réglementaire, serait de nature à mieux garantir le principe d'égalité⁶⁸.

Enfin, dernier argument invoqué à l'appui de l'attribution irréductible de certains secteurs normatifs au législateur, il est avancé que la loi offrirait une protection plus importante en raison de sa meilleure aptitude à être connue par les administrés et de sa plus grande précision. La loi serait une norme certaine, alors que l'imprécision quant au contenu de la norme applicable caractériserait plutôt le règlement. La solennité de la loi se présenterait comme une garantie par rapport à l'acte administratif, reflet à un moment déterminé de la seule volonté administrative.

En réalité, de nos jours, la possibilité de connaître la norme applicable dans un secteur donné, ne dépend pas de son caractère réglementaire ou législatif. D'une part, les règlements, au moins les plus importants d'entre eux, jouissent d'une publicité égale à celle de la loi; d'autre part, les règlements ont un contenu similaire à celui des lois, sans qu'ils puissent être distingués de ce point de vue, par exemple en fonction de leur degré de généralité. Enfin, la loi a cessé d'être une norme à effets prolongés, définie une fois pour toutes. Il n'est qu'à examiner

l'évolution de secteurs comme l'urbanisme ou le droit fiscal pour constater combien les lois édictées en ces matières sont souvent remises en cause par leur auteur. La mutabilité normative affecte aussi les actes législatifs, la stabilité n'étant plus une qualité intrinsèque de ceux-ci.

Néanmoins, on verra ultérieurement que, lors de la délimitation du champ de la réserve, les tribunaux constitutionnels ont tendance à tenir compte de certaines caractéristiques objectives, au rang desquelles figure la nécessaire variabilité normative permettant de répondre aux modifications rapides et fréquentes des circonstances de fait ayant présidé à l'édiction de la norme; et en ce cas, l'attribution de compétences au profit du pouvoir réglementaire est validée. L'idée sous-jacente est que la loi est une norme plus difficilement modifiable par rapport à l'acte réglementaire, et donc que des raisons pratiques justifient le recours à ce dernier type, dans certaines hypothèses. En effet, la procédure législative est formalisée et suppose, compte tenu de sa complexité, un délai incompressible pour aboutir au vote du texte définitif. Au contraire, l'acte réglementaire est plus souple et autorise une réponse plus rapide face à des événements conjoncturels. Ainsi, les juges constitutionnels ont-ils tendance à considérer implicitement la loi comme une norme destinée, du fait de sa procédure d'élaboration, à une pérennité relative par rapport à la mutabilité du règlement. Cependant, cette « stabilité » législative apparaît plus comme une conséquence du régime d'élaboration de la loi que comme un motif expliquant l'inaliénabilité de la compétence législative.

La transformation de la réserve de loi d'une simple règle de compétence en faveur du législateur en une norme opposable à ce dernier s'explique par la modification du système politique dû à la « démocratisation » de l'Exécutif. Désormais, la réserve de loi n'a plus raison d'être un élément offensif de la stratégie parlementaire visant à accroître ses capacités de décisions au détriment de l'Exécutif, puisque ce dernier procède lui-même du Parlement. Par contre, la réserve de loi assure désormais une nouvelle mission : faire pièce à la dynamique majoritaire en protégeant la minorité. Ce n'est d'ailleurs pas une coïncidence si cette transformation de l'institution correspond à la naissance d'une véritable opposition parlementaire, due notamment à la généralisation du suffrage universel, qui, se substituant au suffrage censitaire, fait accéder de nouvelles catégories sociales, possédant leur propres revendications, aux organes législatifs. L'unanimité parlementaire d'autrefois, fondée sur les aspirations de la bourgeoisie libérale face à un Exécutif monarchique, se fracture, laissant place à une dialectique entre majorité et opposition.

Cette fonction de garantie permet d'expliquer le champ couvert par les réserves de loi, même si celui-ci est susceptible de variations.

Section II

LA DISTINCTION ENTRE RÉSERVES RELATIVE ET ABSOLUE

Une fois définie la loi comme une disposition constitutionnelle en faveur de la compétence législative, il est apparu que celle-ci pouvait revêtir des formes diverses.

En particulier, on sait que le législateur est soumis à la réserve. Même si *a priori* elle semble édictée en sa faveur, celui-ci ne peut y renoncer. Elle agit

67 En ce sens, A. CERRI, *op. cit.*, p. 2242.

68 F. SORRENTINO, « Considerazioni su riserva di legge, principio di eguaglianza, e autonomia regionale nella giurisprudenza costituzionale », in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Bologne, 1978, p. 471.

donc comme une contrainte, au même titre que le reste des normes constitutionnelles. Mais ces impératifs sont divers ; notamment la nature et l'intensité du poids qu'ils font peser sur l'organe législatif sont variables.

Ainsi, est-il possible de procéder à un classement des différentes réserves en fonction de certains facteurs.

En premier lieu, la compétence législative peut être finalisée : la réserve, en même temps qu'elle prévoit l'intervention du législateur, désigne à celle-ci un cadre spécifique. Réduisant la marge générale du pouvoir discrétionnaire du législateur, elle fixe des limites précises à la loi. La réserve institue une certaine compétence parlementaire, finalisée par rapport à des objectifs déterminés et propres à cette compétence.

En second lieu, la question naît, après identification des matières couvertes par la réserve, de savoir jusqu'où s'étend en ces matières, le rôle imparti à la loi. Il s'agit de déterminer « en profondeur », l'étendue de la réserve au sein de la matière qu'elle affecte.

En effet, la réserve de loi n'est pas exclusive de l'intervention réglementaire ; elle constitue seulement une stricte limite à ce pouvoir, interdisant que l'Exécutif se substitue au législateur.

Exiger de la loi qu'elle réglemente l'intégralité de la matière impliquerait qu'elle édicte aussi l'ensemble des mesures d'application de la législation. Outre la difficulté technique, cette opération ne serait en rien justifiée par les justifications de la réserve : le but de la prévision d'une réserve réside dans la garantie que les normes primaires seront exclusivement établies par voie législative et que les normes secondaires leur seront étroitement soumises.

Il faut alors mesurer l'ampleur de la réserve, considérée dans sa dimension verticale. Corrélativement, de cette ampleur dépend le champ ouvert, à l'intérieur de la réserve, à ce qui ne peut être qu'un pouvoir réglementaire d'exécution. Là encore, il est possible de discriminer par rapport à la plus ou moins grande étendue assignée à l'acte législatif.

Toutefois, les classifications opérées de la sorte ne sont pas sans faille. Aussi doivent-elles être relativisées.

§ 1 - LE PRINCIPE DE DISTINCTION

La distinction a été définie par la doctrine, avant d'être reçue au sein du droit positif.

A. - Une distinction doctrinale

Le professeur Mortati a, le premier, systématisé la « catégorisation » de la réserve de loi : Il distingue d'une part, entre réserve absolue et relative et d'autre part, entre réserve ordinaire et réserve renforcée⁶⁹. Celle-ci a ensuite été reprise par l'ensemble de la doctrine.

La première opposition affecte les relations entre la loi et le règlement. Plus précisément, elle concerne le degré de régulation obligatoire que le législateur ne peut éluder en le concédant à l'Exécutif. C'est ce degré qui varie en fonction de la qualification retenue : réserve absolue ou relative.

⁶⁹ *Istituzioni di diritto pubblico*, t. 1, 9^e éd., CEDAM, Padoue, 1975, p. 343 et s.

La réserve absolue constitue l'obligation de recourir à la loi pour la régulation intégrale de la matière. Elle exclut donc la possibilité d'intervention du pouvoir réglementaire, interdisant qu'une autre source que la loi puisse édicter des normes sur cette matière.

Au contraire, la réserve relative exige seulement que le législateur régle les éléments fondamentaux de la matière qui en fait l'objet. La loi peut se contenter de tracer les orientations générales et de déterminer les fondements normatifs, en laissant au pouvoir réglementaire le soin de développer des points concrets. Il suffit que les développements législatifs soient aptes à encadrer l'exercice des pouvoirs normatifs gouvernementaux. Ici, l'administration dispose d'une faculté de collaboration pour la réglementation de la matière. Dans ce cadre, la réserve ne fait que subordonner l'acte réglementaire à l'émanation d'une loi couvrant l'espace réservé ; loin de proscrire le règlement, elle ne fait que le continger.

Ce type de réserve implique que les règlements pris en ces matières ne pourront jamais être qu'exécutifs de la loi. En effet, l'existence de la réserve implique que c'est à la loi qu'il revient de définir les normes fondamentales ; alors, non seulement le Gouvernement à l'obligation de respecter celles-ci, mais encore ne peut-il édicter que des normes qui ne présentent aucun caractère innovateur. Dans le cas contraire, il se substituerait inconstitutionnellement à la compétence législative, en énonçant des normes primaires.

On s'aperçoit alors que la réserve de loi est à géométrie variable, et qu'une classification en fonction de sa plus ou moins grande étendue peut être résumée à travers les concepts de réserve relative et absolue. C'est sans doute ce qui explique que la présentation doctrinale de cette dialectique soit incontournable⁷⁰.

Le classement d'une réserve dans l'une des deux catégories (absolue ou relative) n'est pas dépourvu d'enjeux, puisque l'ampleur des prérogatives de l'Exécutif en dépend. Ceci explique que la classification d'une réserve puisse être sujette à controverses.

Quoi qu'il en soit, et sans préjuger de ce qui sera dit ultérieurement, il existe deux exemples indiscutés de chacun des deux types de réserve. Ainsi, la réserve pénale est unanimement considérée comme étant une réserve absolue, tandis que la réserve fiscale revêt toujours un caractère relatif⁷¹.

L'origine de la distinction au sein de la réserve de loi serait issue, selon certains auteurs, de l'opposition, en droit allemand, entre la « réserve exclusive » (*zwingenden*) et la « réserve transférable » (*ubertragbaren*)⁷². Mais cette filiation est contestée par d'autres⁷³. Ceux-ci font ressortir qu'aucun droit fondamental ne contient de réserve non transférable et que l'objet de cette

⁷⁰ Pour l'Italie, voir en particulier : G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale : il sistema delle fonti del diritto*, vol. 1, UTET, Turin, 1990, p. 55-56 ; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Turin, 1986, p. 221 ; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padoue, 4^e éd., 1982, n° 32. Pour l'Espagne : A. TORRES DEL MORAL, *Principio de derecho constitucional*, t. 2, Atomo, Madrid, 2^e éd., 1988, p. 152-153 ; G. PECES-BARBA et L. PRIETO SANCHIS, *La Constitución española de 1978 (un estudio de derecho y político)*, Torres, Valence, 1984, p. 107. Pour le Portugal, M. LOBO ANTUNES et autres, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, collection Droit public positif, Paris, 1989, p. 295. Pour la Belgique, R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. 1 : *Le système institutionnel*, Story Scientia, Gand, 1990, n° 309. Pour la Hollande, D. BREILLAT, « Remarques sur la nouvelle Constitution néerlandaise », *RDV* 1983, p. 1188.

⁷¹ On notera que ces modèles correspondent aux matières originelles de la réserve, c'est-à-dire, sans doute, celles pour lesquelles la réserve est la plus assurée.

⁷² Telle est l'opinion du professeur AMATO, in *Rapporti fra norme...*, op. cit., p. 89, note 11, se fondant sur les œuvres de Thoma.

⁷³ Cf. S. FOIS, *La riserva di legge*, op. cit., p. 135 et 136.

RG 12

distinction n'est pas d'imposer une limite aux pouvoirs du législateur, mais de garantir sa position prévalante pour la définition des orientations politiques de l'État. Elle ne correspond donc pas au dualisme entre réserve absolue et relative.

Enfin, la dernière distinction possible fait référence au concept de réserve renforcée. Alors que dans le cas de la réserve ordinaire, la Constitution se limite à imposer l'intervention de la loi, la réserve renforcée (ou aggravée) fixe au moins partiellement le sens et le contenu de la régulation légale. La Constitution institue des normes propres à la compétence qu'elle prévoit. C'est dire que, dans l'exercice de cette compétence, le législateur est non seulement tenu de respecter le cadre général déterminé par l'ensemble des normes constitutionnelles, mais aussi les normes édictées spécialement pour encadrer la compétence sur la matière déterminée.

L'exemple caractéristique d'une telle réserve peut être recherché dans l'article 16 alinéa 1 de la Constitution italienne. Il prévoit la liberté de circulation des citoyens sur le territoire national, « sauf les limitations que la loi établit d'une manière générale pour des motifs de salubrité et de sécurité ». Ici, un but est assigné à la loi, qui ne peut restreindre la liberté proclamée qu'afin de la concilier avec les seuls objectifs constitutionnellement énoncés. Autre exemple, la loi électorale, à laquelle font appel les articles 68 et suivants de la Constitution espagnole, voit son contenu strictement encadré et défini par ces mêmes dispositions.

La réserve de loi renforcée procède de la volonté des constituants d'aggraver, sur un point précis, les conditions de la validité constitutionnelle de la loi. La finalité recherchée est de renforcer les garanties opposables au législateur, à propos d'une matière déterminée. Il s'agit d'éviter, par la canalisation du pouvoir législatif, d'éventuels abus de la majorité parlementaire ⁷⁴.

À d'autres endroits, ces réserves renforcées se manifestent par la prévision d'une procédure spécifique d'élaboration de la norme. Tel est le cas lorsque la Constitution réserve à la loi organique ⁷⁵ ou à la loi constitutionnelle ⁷⁶ la régulation de certaines matières.

L'ensemble de ces distinctions devait être consacré par la jurisprudence.

B. - La réception de cette distinction

L'utilisation par la jurisprudence, voire par les textes, de la classification des différentes réserves a pour effet de conférer à celle-ci une certaine valeur normative. En effet, ces deux éléments constituent, contrairement à la doctrine, de véritables sources directes du droit.

Si la Cour constitutionnelle italienne a eu l'occasion d'utiliser la formule de « réserve aggravée » ⁷⁷, c'est surtout la distinction entre réserve absolue et réserve relative qui a connu le plus vif succès. Ceci s'explique par le fait que dans le cas de la première distinction, il n'est pas nécessaire de passer par la constatation du caractère renforcé de la réserve pour appliquer à la loi les restrictions spécifiques à la compétence instituée ; à l'inverse, dans le cas de la seconde distinction, la classification dans l'une ou l'autre des catégories n'est pas expressément affirmée par la Constitution, mais suppose une analyse préalable.

⁷⁴ En ce sens, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁵ Cf. *supra*.

⁷⁶ Par exemple, article 116 de la Constitution italienne.

⁷⁷ Décision n° 139/1984.

La médiation des concepts de « relatif » ou « d'absolu » présente une utilité pour définir l'ampleur de la réserve.

Ainsi, le Tribunal constitutionnel espagnol fait référence à cette dialectique pour qualifier des réserves de loi.

Dans la décision 25/84, du 23 février 1984 ⁷⁸, il est dit que « la législation en matière pénale et punitive relève de la réserve absolue de loi » ⁷⁹. Cette affirmation, déjà présente dans l'arrêt du 7 mai 1981 ⁸⁰, a été réitérée à l'occasion de la décision 83/90 ⁸¹. Celle-ci parle, toujours à propos de la légalité pénale ⁸², de « principe de légalité qui se traduit dans la réserve absolue de loi ».

On constate que le Tribunal espagnol n'hésite pas à employer la terminologie de « réserve absolue », preuve qu'il l'a prise en compte. Il est vrai qu'il s'agit d'un domaine (la matière pénale) où le caractère de la réserve ne fait pas l'objet de controverse en doctrine. La juridiction constitutionnelle n'a donc aucun mal à entériner une qualification unanimement acceptée.

Tel est aussi le cas lorsque la notion de réserve relative a été utilisée en jurisprudence. Ainsi, la décision 19/87, du 17 février 1987 ⁸³, a trait à la réserve de loi en matière fiscale ⁸⁴. Dans cette espèce, le Tribunal constitutionnel espagnol avait d'abord précisé que la Constitution ne génère pas « une légalité fiscale de caractère absolu ». En conséquence le caractère relatif de la réserve ⁸⁵, n'exclut pas « la possibilité que la loi puisse contenir des renvois à des normes inférieures ». Ce qui est par contre interdit, c'est la possibilité qu'à travers de tels renvois, « on provoque, à cause de leur indétermination, une dégradation de la réserve énoncée par la Constitution en faveur du législateur ».

On retrouve tout à fait la définition doctrinale de la réserve relative : elle ne prohibe pas l'intervention réglementaire (et, par voie de conséquence, n'empêche pas en principe que la loi contienne des renvois au profit de l'Exécutif), mais l'encadre strictement, afin que les normes infra-législatives aient un caractère exécutif.

Outre ces deux exemples localisés, c'est la décision 60/86 ⁸⁶ qui a véritablement généralisé à l'ensemble des réserves la dialectique absolue/relative. Après avoir évoqué la notion de matière réservée à la loi ordinaire « avec un caractère absolu ou relatif », le Tribunal énonce que la réserve relative de loi « permet de répartir la régulation d'une matière entre la Loi – ou une norme ayant force et valeur de loi – et le règlement » ⁸⁷.

Cette réception des concepts de réserve absolue et relative par la juridiction constitutionnelle espagnole s'inspire de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne.

⁷⁸ JC, t. 8, p. 301.

⁷⁹ FJ 3.

⁸⁰ STC 15/81, JC, t. 1, p. 245, FJ 7.

⁸¹ 4 mai 1990, JC, t. 27, p. 20, FJ 2 ; Voir aussi, STC 177/92, du 2 novembre 1992, JC, t. 34, p. 665, FJ 2.

⁸² Consacrée à l'article 25-1 de la Constitution espagnole.

⁸³ JC, t. 17, p. 167, FJ 4. Voir aussi, STC 221/92, du 11 décembre 1992, JC, t. 34, p. 1115, FJ 7.

⁸⁴ Article 31.3 de la Constitution espagnole.

⁸⁵ Au passage, la décision prend soin de souligner l'origine doctrinale de cette notion.

⁸⁶ 20 mai 1986, JC, t. 15, p. 70.

⁸⁷ FJ 2.

Au sein de cette dernière, la décision n° 26 du 23 mai 1961 est, comme l'affirme le professeur Lavagna⁸⁸, caractéristique de l'adoption de la distinction⁸⁹.

12 La motivation de l'arrêt commence par affirmer que « en ce qui concerne la réserve de loi, la Cour se doit de distinguer ». Deux hypothèses sont ensuite dégagées : d'abord, « dans les cas où la Constitution prévoit que la loi est compétente pour réglementer une certaine matière (par exemple, article 13, 3° alinéa) », l'intervention réglementaire est difficilement concevable ; à l'inverse,

« per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, perché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito ».

Sans employer la terminologie apte à désigner les deux hypothèses, la Cour n'en admet pas moins le principe de la distinction. Ceci résultait déjà de la décision n° 4 du 26 janvier 1957⁹⁰, rendue parmi les premières décisions de la Cour constitutionnelle, et est encore d'actualité dans la jurisprudence contemporaine de la Cour⁹¹.

On notera qu'ici aussi c'est le noyau dur de la réserve qui sert de référent. En effet, la décision n° 26 utilise la réserve en matière de liberté personnelle⁹² et la réserve fiscale⁹³ pour illustrer les notions de réserve absolue et relative.

Le législateur lui-même a repris le concept. Ainsi, l'article 17 de la loi 400 du 23 août 1988⁹⁴ dispose : « Par décret du Président de la République, ... sont édictés les règlements dans les matières non couvertes par une réserve absolue de loi prévue par la Constitution »⁹⁵.

De la même façon, la Constitution portugaise consacre en son texte la séparation entre réserve relative et absolue. L'article 167 énumère les matières couvertes par une réserve absolue de compétence, tandis que l'article 168 énonce celles faisant l'objet d'une réserve seulement relative.

Pourtant, cette acceptation quasi générale de l'opposition entre réserve absolue et réserve relative ne doit pas faire oublier qu'elle demeure parfois contestée.

88 *Op. cit.*, p. 221.

89 Reproduite in *Giuris. cos.* 1961, p. 527 et in *Giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (decisioni et orientamenti fondamentali)*, Giuffrè, Milan, 1985, p. 113.

90 Reproduite in *Giuris. cos.* 1957, p. 22.

91 Voir par exemple la décision n° 72 du 8 février 1991 qui se prononce en faveur du caractère relatif de la réserve de loi inscrite à l'article 108 alinéa 1 de la Constitution. Reproduite in *Giuris. cos.* 1991, p. 515. Et aussi, décision n° 90 du 15 mars 1994, *Giuris. cos.* 1994, p. 856 ; décision n° 236 du 10 juin 1994, *Giuris. cos.* 1994, p. 1949.

92 Article 13.

93 Article 23.

94 Cf. *infra*.

95 Cette formule est dans une certaine mesure redondante, puisque la réserve de loi est instituée, par définition, par la Constitution.

§ 2 - LA RELATIVISATION DE LA DISTINCTION

Cette relativisation procède de deux causes. D'une part, la réserve absolue n'est pas totalement impénétrable au règlement ; d'autre part, les fondements de la distinction sont parfois délicats à cerner.

A. - La porosité de la réserve absolue

La réserve de loi absolue exige certainement une régulation législative plus complète que la réserve relative. Il ne s'agit pas seulement de fixer certains principes prompts à encadrer l'exercice du pouvoir réglementaire.

Pour autant, il subsiste là aussi un espace normatif pour le règlement. Même dans cette réserve, des règlements seront valablement édictés, dès lors qu'ils sont strictement exécutifs de la loi. Ils ne peuvent régir que des questions de détail, nécessaires à l'application de la loi⁹⁶ et ne peuvent être que « simplement exécutif et d'application »⁹⁷.

Cette solution se justifie dans la mesure où la loi est dans l'incapacité de prévoir ses propres modalités d'application. En effet, l'acte administratif, de par sa nature, est mieux à même de pourvoir à l'exécution de la loi. Lui seul a la possibilité de rentrer dans le détail, d'envisager l'ensemble des configurations pratiques résultant de l'application de la loi, et de s'adapter rapidement à leur évolution.

De plus, en l'absence de précisions textuelles en ce sens, le concept de réserve absolue ne peut déroger aux dispositions constitutionnelles conférant à l'Exécutif la mission d'exécuter les lois.

Enfin, l'admission du règlement strictement exécutif n'infirme pas la définition de la réserve absolue, puisque ce type d'acte ne fait qu'appliquer la régulation de la matière opérée par le législateur. Pour reprendre la fameuse distinction de Kelsen, l'aspect application de l'acte doit l'emporter largement sur l'aspect novateur. Sinon, le règlement perd sa légitimité à intervenir dans une matière objet d'une réserve absolue. Le Gouvernement ne peut en rien modifier la législation, il doit se contenter d'édicter des normes ayant pour seul objet la mise en œuvre factuelle de ce qui a été décidé par voie législative.

Toutefois, il est admis que ces actes réglementaires disposent d'une certaine capacité décisionnelle, dès lors qu'il s'agit de choix purement techniques. Ainsi, pour le professeur Zagrebelsky, la réserve absolue « n'exclut pas, ... l'intervention d'actes non exécutifs, mais discrétionnaires, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une capacité discrétionnaire politico-administrative mais exclusivement d'une discrétionnalité technico-administrative »⁹⁸. C'est la nature technique du contenu du règlement qui justifie sa possible édicition, nonobstant le caractère absolu de la réserve. L'idée sous-jacente réside dans la meilleure position de l'Exécutif, par rapport aux organes législatifs, pour opérer des arbitrages techniques. Lui seul dispose des capacités pour recueillir l'ensemble des données propres aux problèmes techniques (notamment par le recours aux experts) et pour en faire la synthèse. Au contraire, la procédure législative ne s'accorde que très mal aux détails de la sélection technique, comme le montrent les résultats de

96 G. PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 107.

97 G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 55. Dans le même sens, voir aussi V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. 2, CEDAM, Padoue, 1984, p. 56.

98 *Op. cit.*, p. 55.

RG 12

l'analyse sociologique sur la prise de décision par une assemblée composée de nombreux membres, quasiment tous incompetents sur la question.

De surcroît, les questions techniques évoluent et la norme doit pouvoir suivre cette évolution et s'y adapter. Ceci implique que la procédure de modification des dispositions techniques soit suffisamment souple pour qu'elles ne soient pas figées. Il est donc préférable qu'elles soient édictées sous forme de normes situées à des niveaux inférieurs de la hiérarchie normative.

D'autre part, les choix techniques se caractérisent par rapport aux choix politiques, par le fait qu'ils s'imposent en vertu de critères scientifiques. C'est l'état de la science à un instant donné qui amène à réaliser cette sélection. Celle-ci apparaît alors comme une donnée exogène à l'auteur de la norme, et est exempte de toute considération d'opportunité. En s'en remettant au Gouvernement pour définir certains aspects techniques de la législation, le Parlement ne lui confère pas pour autant un véritable pouvoir constructif : il ne fait que l'autoriser à enregistrer des données sur lesquelles l'Exécutif n'a aucune prégnance. D'ailleurs, s'il avait décidé de réglementer lui-même ces détails techniques, ses dispositions législatives auraient vraisemblablement un contenu identique aux dispositions réglementaires.

Par cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle italienne favorise le dessaisissement du législateur au profit du Gouvernement, pour tout ce qui concerne le domaine technique. Là encore, se retrouve l'identification d'un certain espace naturel du règlement.

Les exemples jurisprudentiels d'ouverture de la réserve absolue au règlement « technique » sont nombreux. Ainsi, la loi n° 1041 du 22 octobre 1954 peut valablement renvoyer au ministre de la Santé, le soin d'identifier les substances stupéifiantes dont elle sanctionne pénalement la vente non autorisée⁹⁹. Il s'agit de définir un des éléments constitutifs d'une infraction pénalement sanctionnée, matière pourtant objet d'une réserve absolue de loi. Mais la qualification de « stupéfiant » résulte de considérations bio-médicales¹⁰⁰.

La décision n° 333, du 11 juillet 1991¹⁰¹ a eu l'occasion de préciser cette jurisprudence. Était en cause notamment l'article 72 quater de la loi du 22 décembre 1975, modifiée par la loi du 26 juin 1990. Celui-ci renvoie à un décret du ministre de la Santé, pris après avis de l'Institut supérieur de la Santé¹⁰², la tâche de fixer les limites quantitatives maximales pour les doses moyennes journalières pour chaque catégorie de substance psychotrope. Il était allégué que cet article violait la réserve de loi pénale, la dose moyenne journalière servant de seuil à une présomption de non consommation personnelle et donc à une incrimination pénale.

La Cour considère que les pouvoirs du ministre s'analysent en « une détermination technique sur la base de notions de toxicologie, de pharmacologie et de statistiques sanitaires, mais surtout pas en un choix de politique criminelle ». En conséquence, la loi pouvait valablement prévoir l'intervention d'un décret pour déterminer un élément technique de l'incrimination.

99 Décision n° 36 du 19 mai 1964. Reproduite in *Giuris. cos.* 1964, p. 483.

100 Cette doctrine sera réitérée dans la décision 9/1972, rendue à propos de cette même loi. La Cour parle de « valutazioni di carattere tecnico e contingente... legittime manifestazioni dell'attività normativa della Pubblica Amministrazione ».

101 Reproduite in *Giuris. cos.* 1991, p. 2646.

102 On remarquera le recours à l'avis d'un organisme technocratique. Cet élément est caractéristique du contenu technique de la norme à édicter.

De la même manière, la Cour italienne a admis qu'une loi pouvait conférer au pouvoir réglementaire la faculté de déterminer les additifs chimiques aux substances alimentaires dont l'usage est interdit sous peine de sanctions pénales¹⁰³. De façon identique, la notion de « jeux de hasard » peut relever de l'Exécutif¹⁰⁴.

Au total, on constate que la réserve absolue tend à se rapprocher de la réserve relative, puisqu'elle aussi admet que le pouvoir réglementaire complète la régulation légale. Cependant, une importante différence de nature subsiste puisque l'acte gouvernemental dispose, dans le cas de la réserve absolue, d'une marge de manœuvre plus limitée qu'en cas de réserve relative¹⁰⁵.

Quoi qu'il en soit, l'écart entre les deux catégories est plus réduit que ce qu'il pouvait apparaître à première vue. Il s'agit là d'un des éléments de critique de la distinction.

B. - Le difficile fondement de la distinction

Comme on a pu s'en apercevoir, la dialectique entre réserve absolue et relative s'identifie plus à une question de nuance qu'à un véritable antagonisme. Ceci n'est pas sans conséquence sur les critères d'identification de l'une ou l'autre catégorie.

En effet, la Constitution ne se prononce pas explicitement sur le rattachement des différentes réserves à l'un des deux concepts. Il faut donc déduire de ce texte un critère valable, propre à permettre la classification.

La première possibilité réside dans le recours aux formules textuelles par lesquelles la Constitution institue la réserve. Celles-ci témoignent de la volonté implicite du constituant quant à l'étendue attribuée à la loi pour la matière considérée.

Ainsi, l'expression « *solo per ley* », employée à l'article 53.1 de la Constitution espagnole, fait penser à la réserve absolue¹⁰⁶, à l'instar de la formule « *per legge* » de l'article 95 de la Constitution italienne. Au contraire, les articles 23 et 97 de cette dernière, parlant respectivement de « *in base alla legge* » et de « *secondo disposizione di legge* », laissent présager une réserve relative¹⁰⁷, comme d'ailleurs les termes « *con arreglo a la ley* », utilisés à l'article 31.3 de la Constitution¹⁰⁸.

Cette idée selon laquelle la terminologie n'est pas neutre, en tant qu'elle préjuge de la place conférée au pouvoir réglementaire au sein de la matière réservée, se retrouve dans d'autres pays.

En Belgique, le législateur doit régler l'intégralité de la matière dès lors que « la Constitution spécifie qu'une matière donnée ne peut être réglée que "par la loi" »¹⁰⁹. À l'inverse, la formule « en vertu de la loi » permet au législateur de

103 Décision n° 96 du 26 novembre 1964, reproduite in *Giuris. cos.* 1964, p. 1033. Confirmée par la décision 61/1972.

104 Décision 113/1972.

105 Comme l'écrit le professeur GALLEGU ANABITARTE, « la existencia de una reserva absoluta no supone la exclusion del Reglamento, sino solo una mayor vinculacion a la Ley ; en este sentido, la reserva relativa permite una intervencion o colaboracion del Reglamento mas amplia » (*op. cit.*, p. 64, note 7).

106 En ce sens, A. GALLEGU ANABITARTE, *op. cit.*, p. 64.

107 G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 56. Voir aussi, la décision 26/1961, précitée.

108 Cf. F. PEREZ ROYO, « Relaciones entre normas primarias y normas secundarias en derecho tributario », in *La Constitucion espanola y las fuentes del derecho*, vol. 3, IEF, Madrid, 1979, p. 1655.

109 R. ERGEC, *op. cit.*, p. 101.

« se contenter d'énoncer les principes de base en laissant au pouvoir le soin de les mettre en œuvre »¹¹⁰.

De façon identique, en Hollande, la question de la *delegatie* a été résolue sur la base de l'étude terminologique de la Constitution¹¹¹.

Pourtant, la pertinence de ce critère littéral est parfois remise en cause. Il apparaît comme trop approximatif et insuffisant pour permettre de résoudre une question aussi importante que celle de la nature de la réserve¹¹².

À partir de cette critique des auteurs se sont efforcés de reconstruire un critérium de distinction.

Le professeur Foïs considère qu'il faut distinguer selon le type d'intérêt général que la Constitution impartit au législateur de poursuivre¹¹³ : il peut s'agir d'un intérêt général spécifique et particulier (par exemple, les bonnes mœurs, la sécurité publique, la santé publique), ou de l'intérêt général dans son ensemble. Ce dernier se définit comme la somme d'un ensemble d'intérêts publics relatifs et variables, qu'il revient au législateur d'apprécier concrètement. Il revêt incontestablement une nature politique.

Le pouvoir discrétionnaire du législateur est plus large dans cette seconde hypothèse, puisque l'objectif d'intérêt général ne lui est pas assigné. On est alors en droit de penser que cet organe dispose aussi des capacités de décider sur les modalités (directes ou indirectes) de son intervention : en conférant au législateur la faculté de définir l'intérêt général qui sous-tend son action, « la Constitution a entendu aussi (et en un certain sens, surtout) conférer au législateur le pouvoir d'attribuer à l'administration la tâche de mettre en place les mesures nécessaires et adéquates pour satisfaire effectivement l'intérêt en question »¹¹⁴.

Il en résulte que la réserve revêt un caractère relatif lorsque la Constitution charge le législateur de définir l'intérêt général, tandis que si celui-ci lui est imposé, il s'agit d'une réserve absolue.

Cette démonstration semble directement inférée des articles 21, 41, 42 et 43 de la Constitution de 1947. Aussi n'est-il pas certain qu'elle soit transposable aux autres réserves de loi¹¹⁵. D'autre part, elle se fonde sur une logique qui, menée à son terme, aboutit à remettre en cause la valeur substantielle de la réserve de loi : si le législateur possède un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il va ou non définir lui-même les normes sur la matière à réguler, c'est qu'il dispose de la réserve. Or celle-ci s'impose en tant que partie intégrante de la Constitution.

D'autres constructions doctrinales ont tenté d'élaborer d'autres critères de distinction¹¹⁶.

Partant de ces difficultés conceptuelles, le professeur Amato a proposé une nouvelle conception de la variabilité de la réserve¹¹⁷. Selon lui, l'unité de l'institution résulte de l'impératif, sous-tendu par la réserve, selon lequel la loi doit contenir les choix fondamentaux de la matière réservée. C'est par rapport à cette notion que doivent être appréciées les possibilités d'intervention du pouvoir réglementaire :

« mentre singoli aspetti della relativa disciplina possono essere scissi senza con ciò scindere li scelte caratterizzante, per altri aspetti tale scissione non è neppur tecnicamente fattibile senza attribuire a fonti non legislative alcune delle scelte caratterizzanti ».

Tandis que l'Exécutif peut réglementer les aspects détachables des choix caractérisants, sa régulation ne peut empiéter sur le rôle imparti au législateur quant à la définition de ces choix¹¹⁸.

On retrouve la qualification de la loi comme norme primaire, devant statuer sur les éléments essentiels d'une matière, afin de conditionner les normes réglementaires au rang de normes secondaires¹¹⁹.

D'autre part, dans certains cas, l'étendue de la réserve serait plus réduite du fait de la concurrence d'autres principes constitutionnels tels que l'autonomie locale ou la nécessité de l'adaptation des peines à la personnalité du délinquant.

Toutefois, cet auteur ne fait que déplacer le problème d'origine, à savoir l'identification d'une réserve absolue ou relative. En effet, il s'agit désormais de savoir en quoi consiste la notion de « choix caractérisants la matière réservée », qui ne peuvent tolérer (à l'inverse des autres éléments) aucun renvoi. Ne retrouve-t-on pas là une certaine incertitude ? Il conviendrait alors de définir les critères du « choix fondamental »¹²⁰.

Mais cette thèse a le mérite de souligner qu'aucune matière n'est véritablement interdite au règlement. La réserve de loi attribue seulement au législateur la régulation essentielle de la matière, sans prohiber la collaboration réglementaire, dès lors qu'elle est étroitement soumise à la loi (donc exécutive et non novatrice).

Enfin, même si elle a parfois été remise en question, notamment à cause de l'inexistence d'un critère certain de distinction, l'opposition entre réserve absolue et relative conserve au moins un intérêt descriptif. En témoigne son inclusion dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole ou italienne. Elle permet de montrer que le gel des compétences auquel procède la réserve de loi est susceptible de varier dans son amplitude.

110 *Ibid.*

111 Voir sur ce point l'article de D. BREILLAT, *op. cit.*, p. 1187 et 1188.

112 S. FOIS, note sous la décision de la Cour constitutionnelle n° 4, du 18 juin 1958, *Giuris. cos.* 1958, p. 24 ; G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 56.

113 *La riserva di legge*, Giuffrè, Milan, 1963, p. 322 et s.

114 *Op. cit.*, p. 323.

115 En ce sens, G. AMATO, « Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'articolo 25 », *Giuris. cos.* 1966, p. 268, note 18.

116 Voir par exemple, BACHELET, « Legge, attività amministrativa e programmazione economica », *Giuris. cos.* 1961, p. 904. Cet auteur préconise de reconnaître une réserve absolue aux endroits où la Constitution confie à la seule autorité judiciaire l'application des dispositions de la loi. Il existerait, à côté de la réserve de loi une « réserve de juridiction » qui impliquerait que l'exécution de la loi ne relève que de la seule compétence du juge et non de l'Administration. Mais là encore, ce critère, par son absence de polyvalence semble difficile à mettre en œuvre.

117 *Op. cit.*, p. 269 et s.

118 G. AMATO donne l'exemple suivant dans le cas de la réserve fiscale : soit une loi indiquant, de façon générique, les catégories de personnes redevables d'un impôt. Le règlement qui vient spécifier ces catégories ne concerne pas les éléments caractérisant l'impôt. À l'inverse, si la loi se contente d'énumérer des catégories de redevables potentiels, laissant à l'Exécutif le soin de déterminer sur quelle catégorie s'appliquerait finalement l'impôt, elle renonce à édicter une composante fondamentale (l'assiette), en violation de la réserve fiscale. Sur la difficulté de déterminer le contenu de la réserve fiscale, voir dernièrement, L. CARLASSARE, « Due motivi d'interesse della sent. n. 236 : rilevanza e riserva relativa », *Giuris. cos.* 1994, p. 3009.

119 G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, CEDAM, Padoue, 1962.

120 Sur cette critique, voir A. CERRI, « Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica », *Giuris. cos.* 1968, p. 2234.

RG 12

De plus, aucune tentative de réélaborer le concept ¹²¹ n'est véritablement convaincante, aboutissant souvent à compliquer le problème.

Il est vrai cependant que la distinction entre relative et absolue est sans doute trop binaire : elle est impuissante à rendre compte des multiples nuances existant quant à la configuration des différentes réserves ¹²².

C'est l'ensemble des réserves de loi qu'affecte le droit communautaire.

Chapitre III

LA TRANSFORMATION DE LA RÉSERVE DE LOI DANS LA PERSPECTIVE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

Le mécanisme de la construction communautaire se traduit par un glissement des compétences étatiques au profit des instances européennes. Même si les États nationaux possèdent la compétence de principe, il n'en demeure pas moins que les attributions de l'Union européenne sont substantielles. Constituant un des aspects de « l'acquis communautaire », elles ne pourront aller qu'en se renforçant.

Dans ce contexte, on observe une délocalisation de la décision politique, dans les secteurs « communautarisés », en direction de Bruxelles, voire de Strasbourg. Ceci se traduit notamment pour le Parlement par un amoindrissement de ses compétences. Certes, ce recul des compétences affecte aussi, certainement, les capacités normatives de l'Exécutif. Toutefois, et sans entrer dans un bilan précis, il nous semble que le champ législatif est le plus atteint. En effet, nonobstant les errements parfois constatés, relativement à l'extrême degré de précision normative de certains textes du droit communautaire dérivé, la vocation européenne est de définir des politiques communes ayant pour finalité de s'appliquer dans l'ensemble des pays membres. C'est donc avant tout en termes de choix politique que se pose la réglementation européenne. Or, en droit interne, c'est l'acte législatif qui intègre le mieux cette dimension politique. Ce pourquoi, l'acte communautaire aura plutôt tendance à se substituer à la loi.

L'exemple de la monnaie unique, pour être récent, n'en est pas moins caractéristique. Ainsi, le traité de Maastricht, en établissant un Système Européen de Banque Centrale, vide-t-il de sens la disposition de l'article 34 de la Constitution réservant à la loi la fixation des règles concernant le régime d'émission de la monnaie ¹²³.

Cette diminution du pouvoir des organes législatifs nationaux comme conséquence de l'intégration communautaire a maintes fois été mise en relief par les parlementaires eux-mêmes ¹²⁴. Le phénomène est d'ailleurs beaucoup plus le fait de ce que l'on nomme habituellement le droit communautaire dérivé, que des traités institutifs. On comprend alors que se pose la question du devenir de la réserve de loi, face à la dépossession des compétences parlementaires. Cette institution ne voit-elle pas son champ d'application restreint ?

En réalité, il faut bien saisir que le processus communautaire a tendance à transformer la compétence étatique plutôt qu'à la supprimer. Ainsi, aux termes de l'article 5 du Traité de Rome, « les États membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution du présent traité ou

¹²¹ Sur ces différents essais, voir F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Giappichelli, Turin, 1991, p. 192.

¹²² Sur la difficulté de définir, à propos d'une réserve déterminée, l'ampleur de l'espace réservé à la loi, cf. A. PREDIERI, « In tema di pianificazioni agrarie e riserva di legge », *Giuris. cos.* 1963, p. 180-220.

¹²³ Cf. F. GOGUEL, « Mitterrand devant le référendum », *Valeurs actuelles* du 3 février 1992.

¹²⁴ Cf. T. BREHIER, « Les parlementaires français à l'épreuve des normes communautaires », *Le Monde* du 17 novembre 1989.

résultant des actes des Institutions communautaires ». L'État devient donc un instrument de l'exécution du droit communautaire, tant originel que dérivé, renonçant à sa compétence directe de décision dans les matières en cause.

Concernant le droit dérivé, il est nécessaire de préciser le contenu de cette obligation. Il ne s'agit alors, en aucun cas, d'assurer la réception des normes édictées par les instances communautaires. En vertu du principe d'applicabilité immédiate, celles-ci s'intègrent automatiquement à l'ordre juridique interne, rendant du même coup inutile l'intervention du Parlement, prévue à l'article 53 alinéa 1 de la Constitution ¹²⁵.

Cette compétence d'exécution a pour but la mise en œuvre des normes communautaires. Elle s'applique aux directives, celles-ci ne fixant qu'un objectif à atteindre, dans un certain délai, tout en laissant libres les États des moyens à employer pour ce faire ¹²⁶. Mais, comme l'a affirmé la Cour de justice, elle concerne aussi les règlements qui, malgré le caractère obligatoire de tous leurs éléments et leur applicabilité directe ¹²⁷, peuvent « nécessiter l'établissement par l'Autorité nationale de mesures complémentaires d'exécution » ¹²⁸, comme le prévoient parfois expressément ces mêmes règlements.

Il faut alors examiner comment s'opère la répartition entre le législatif et l'Exécutif, concernant cette nouvelle compétence étatique. En effet, la réserve de loi a sûrement un rôle à jouer dans l'exécution du droit communautaire, même si ce jeu est facilité ou influencé par l'existence de caractéristiques propres à cette fonction.

Section I

LES DONNÉES DE L'EXÉCUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

L'interrogation immédiate qui se pose est de savoir si les règles communautaires autorisent, relativement à l'exécution des normes dérivées, la sauvegarde de la régulation interne des relations entre la loi et le règlement.

D'autre part, il faut cerner certains éléments d'opportunité qui tendent à favoriser, pour l'exercice de cette compétence, le recours au pouvoir réglementaire national. On assiste ainsi à une certaine fuite devant la loi.

§ 1 - LE PRINCIPE D'AUTONOMIE INSTITUTIONNELLE

La détermination des procédures et des organes compétents pour l'exécution des obligations communautaires s'accomplit par référence aux normes internes, notamment constitutionnelles. Ainsi, l'État doit-il se placer dans la même position que s'il envisageait de prendre les mêmes mesures de sa propre initiative. C'est de cette façon que sera arbitré entre la procédure législative et la voie

réglementaire. Autrement dit, le droit communautaire n'altère pas la répartition constitutionnelle des compétences normatives.

Ce principe, dit de « l'autonomie institutionnelle », a été dégagé par la Cour de justice des Communautés européennes. Dans l'affaire 39/70 du 11 décembre 1971 ¹²⁹, la Cour affirme que « dans le cas où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse *dans le respect des formes et des procédures du droit national* ». De même, l'arrêt du 15 décembre 1971, *International fruit co* ¹³⁰, après avoir affirmé qu'aux États-membres correspond la détermination des institutions compétentes pour adopter les mesures d'exécution, précise que « la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États membres à des organes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État ».

Il résulte de cette jurisprudence, constamment réitérée ¹³¹, que la réserve de loi, en qualité de précepte constitutionnel, a vocation à réguler l'attribution des compétences d'exécution de la « législation » européenne. C'est dire que la Gouvernement doit tenir compte de cette institution pour la sélection des instruments juridiques propres à assurer la mise en œuvre du droit communautaire.

Cependant, il existe des éléments qui encadrent les capacités de choix. Ainsi, le principe de sécurité juridique implique que l'instrument normatif utilisé soit apte à répondre aux exigences de clarté des situations juridiques. Tel n'est pas le cas lorsque c'est le pouvoir réglementaire *ad intra* qui met en œuvre une norme communautaire. En effet, celui-ci se rattache « aux simples pratiques administratives, par nature modifiables sur la seule volonté de l'Administration et dépourvues de publicité adéquate » qui ne peuvent être considérées comme l'exercice valable de la compétence impartie aux États ¹³². Cette jurisprudence condamne de la sorte, la tendance à régler par voie de circulaire les problèmes de conflit entre les normes communautaires et le droit interne antérieur ¹³³.

D'autre part, la reconnaissance de la pleine applicabilité des normes constitutionnelles n'entraîne pas l'invocabilité de celles-ci comme circonstance exonératoire de la non exécution par l'État de ces obligations communautaires.

On sait en effet qu'aux termes de l'article 169 du Traité de Rome, la Commission peut saisir la Cour de justice, lorsqu'elle estime qu'un État-membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent, et ce après avoir adressé à cet État une mise en demeure. Le même droit de saisine est offert aux États-membres par l'article 170 du Traité. Pour éviter une telle condamnation en manquement à l'occasion de la non exécution du droit communautaire, le gouvernement défendeur a tendance, lorsque la matière relève du domaine de la loi, à invoquer les normes constitutionnelles relatives à la procédure législative. Non sans une certaine mauvaise foi, l'Exécutif entend ainsi rejeter la responsabilité du manquement sur les organes législatifs qui n'auraient pas voté les lois nécessaires

¹²⁵ Cf. R. ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, coll. PES, 1989, p. 157.

¹²⁶ Article 189 du Traité de Rome.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ P.-H. TEITGEN, « L'application du droit communautaire par le législatif et l'Exécutif français », in *La France et les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1975, p. 778.

¹²⁹ *Fleischkontor*, Recueil 1971, p. 58.

¹³⁰ Affaires 51/71 à 54/71, Recueil 1971, p. 1116.

¹³¹ Sur le principe d'autonomie institutionnelle, voir par exemple, G. ISAAC, *Droit communautaire général*, 4^e éd., Masson, Paris, 1994, p. 185.

¹³² Arrêt *Commission c/ Italie*, du 3 mars 1988, affaire 116/86, Recueil 1988, p. 1323.

¹³³ Tendance dont témoigne J.-M. RAINAUD, « L'incidence du droit communautaire sur le droit public français », in *La France et les Communautés européennes*, op. cit., p. 846.

à l'application de la norme communautaire, alors même qu'ils étaient compétents en vertu du principe d'autonomie.

Tel était le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 23 mai 1990¹³⁴. Il était reproché à l'État espagnol de ne pas avoir mis en place une franchise d'impôt sur la valeur ajoutée pour certaines importations en provenance d'autres États-membres, en contravention de la directive 83/183 du Conseil.

Pour sa défense, le gouvernement espagnol invoquait l'article 133.1 de la Constitution, aux termes duquel « le pouvoir originaire pour créer les impôts correspond exclusivement à l'État, au moyen de la loi » ; la matière fiscale étant réservée à la loi, c'est une norme législative qui doit, en vertu du principe d'autonomie institutionnelle, appliquer la directive¹³⁵. L'absence de transposition de la directive serait donc imputable à l'inertie propre à la procédure parlementaire, qui s'impose au Gouvernement, en vertu de la Constitution. La Cour de justice rejette l'argument.

Le précédent réside dans la décision du 18 novembre 1970¹³⁶, relative à la non suppression, par le Parlement italien, d'une taxe à l'importation. Le Gouvernement prétendait de l'impossibilité d'usurper une compétence législative et de l'indépendance dont jouit le législateur. La Cour de justice pose alors en principe que « les obligations découlant du Traité incombent aux États en tant que tels, et que la responsabilité de l'État-membre est engagée, quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante ».

Par cette jurisprudence, le rôle de la réserve de loi est strictement cantonné. Si le droit communautaire ne contient aucun obstacle de principe au jeu de cette institution, il n'en restreint pas moins ses effets à l'ordre juridique interne. L'unité de la personne étatique, au regard du droit communautaire, s'oppose à la prise en considération de ses différents démembrements. C'est ce qui explique que le moyen fondé sur l'existence d'une réserve ne soit pas invocable pour justifier de la non mise en application du droit communautaire.

On pouvait penser que cette jurisprudence est sévère, dans la mesure où elle sanctionne avant tout le Gouvernement, qui ne fait pourtant que se conformer à des règles s'imposant à lui. En réalité, l'Exécutif apparaît bien comme le véritable responsable, même dans les matières relevant de la compétence des organes législatifs. En effet, il dispose de moyens d'action sur le Parlement : Tant le droit d'initiative législative que les règles du parlementarisme rationalisé lui permettent d'orienter les travaux parlementaires ; dans certains pays, il peut même se substituer au Parlement en utilisant des procédures d'urgence¹³⁷. La réserve de loi n'est donc pas un obstacle sérieux à l'exécution des obligations européennes.

Cependant, cette jurisprudence européenne met en relief certains inconvénients de l'application par voie législative, par rapport à l'utilisation de la voie réglementaire.

¹³⁴ Affaire 31/89, *Commission c/ Espagne*, Recueil 1990, p. 2139.

¹³⁵ Cf. R. ALONSO GARCIA, « Sobre la posibilidad de desarrollo del derecho comunitario a través de la técnica del decreto-ley », RAP 1990, n° 123, p. 297.

¹³⁶ Recueil 1970, p. 961.

¹³⁷ Sur la possibilité d'utiliser en Espagne la technique du *decreto-ley*, voir R. ALONSO GARCIA, *op. cit.*

§ 2 - LES HANDICAPS DE LA VOIE LÉGISLATIVE

De nombreux auteurs ont argumenté sur l'inconvénient que représente la loi pour la mise en œuvre du droit communautaire. Dans ce cadre, il s'agit d'éléments de pure opportunité, indépendants d'un quelconque raisonnement sur la nécessité de respecter, pour l'accomplissement de cette obligation, la réserve de loi prévue dans la Constitution. L'objectif est seulement de montrer que l'acte législatif est mal adapté, de par ses caractéristiques propres, à la réalisation de l'article 5 du Traité de Rome ; et ce, au plus grand profit de l'acte normatif concurrent, c'est-à-dire, du pouvoir réglementaire.

Dans leur contribution à l'ouvrage *Droit communautaire et droit national*, M. Sohier et C. Megret ont recensé les différents éléments d'inadéquation entre la procédure législative et l'exécution du droit communautaire¹³⁸.

En premier lieu, la procédure parlementaire serait « lente et complexe ». Or, l'action des communautés, affectant essentiellement le domaine économique, exigerait une certaine célérité, notamment pour permettre une application coordonnée et synchronisée des politiques communautaires.

En réalité, il s'agit là d'une critique classique de la loi qui ressurgit à propos de la matière communautaire. On sait que la « crise de la loi » est concomitante à l'émergence de l'interventionnisme économique étatique, ce type de norme étant inadéquat à régir des situations par nature fluctuantes.

Pourtant, outre qu'il n'est pas évident que le domaine économique soit à forte densité législative¹³⁹, le champ d'action de l'Union européenne s'est élargi, depuis la rédaction de cet article, à des compétences autres que strictement économique. Quant à l'argument fondé sur l'impératif de simultanéité de l'action communautaire, il peut être rétorqué que la Commission dispose de moyens de pression sur l'État-membre (par exemple, menace d'introduire un recours en manquement), comme d'ailleurs, sur le plan interne, le Gouvernement peut intervenir sur les organes législatifs¹⁴⁰, notamment pour saisir le Parlement ou accélérer la procédure législative.

En second lieu, la procédure législative rouvrirait le débat sur le contenu des dispositions communautaires à appliquer. Ainsi, les parlements nationaux n'ayant pas participé à la conception des mesures communautaires, ils seraient tentés de discuter à l'occasion du vote des lois d'application, de l'opportunité des choix opérés au niveau supranational.

Cependant, la participation des parlements nationaux au processus normatif communautaire constitue une importante garantie de légitimité¹⁴¹. Le vote des mesures d'application des dispositions communautaires, par les élus de la Nation, permet de valider implicitement celles-ci, et authentifie l'existence de la compétence européenne en la matière. D'autre part, il compense, certes

¹³⁸ « Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en œuvre du droit communautaire », in *Droit communautaire et droit national*, De Tempel, Bruges, 1965, p. 107. Cette étude est souvent citée pour justifier la prépondérance de l'Exécutif en matière communautaire : Cf. par exemple, J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, éditions des Communautés européennes, Bruxelles, 4^e éd., 1988, n° 144, ou J. JUSTE RUIZ, « La aplicación del derecho comunitario europeo y la Constitución española de 1978 », in *Diez años de regimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 277.

¹³⁹ Ainsi, pour le professeur Pactet, « l'article 34 contient une longue énumération, qui n'est sans doute pas particulièrement orientée vers la politique économique mais qui l'inclut indirectement » (« la loi, permanence et changements », in *Mélanges R. Chapus*, Domat-Monclère, Paris, 1992, p. 503).

¹⁴⁰ Cf. *supra*.

¹⁴¹ J.-M. RAINAUD, *op. cit.*, p. 844.

partiellement, le fameux « déficit démocratique » dont souffre l'Union européenne ¹⁴².

Mais il est certain que le législateur ne peut modifier les normes pour l'exécution desquelles il est saisi.

Celles-ci s'imposent à lui, et il ne doit pas les dénaturer. Dans le cas contraire, la sanction résiderait, en France, dans la non application, par les juridictions ordinaires, de la loi, au profit de la disposition européenne à laquelle le législateur a contrevenu. Il suffit donc que les assemblées tirent toutes les conséquences des engagements internationaux souscrits par la France, et disciplinent leur capacité normative afin de respecter ceux-ci.

C'est justement de cet impératif qu'est issu un autre argument à l'encontre de l'utilisation de la loi. Précisément, la souveraineté du pouvoir législatif serait peu compatible avec la fonction d'exécution du droit communautaire. Cette argumentation se fonde sur le caractère discrétionnaire de la compétence parlementaire, en tant que les organes législatifs sont les dépositaires, en régime démocratique, de la souveraineté nationale. Or, comme il a été dit, les mesures d'application du droit communautaire doivent se conformer aux prévisions de celui-ci ; la compétence parlementaire verrait alors sa nature modifiée, pour devenir une simple compétence liée. Le législateur se retrouverait vis-à-vis de l'acte communautaire dans la même situation que le règlement d'application vis-à-vis de la loi.

Toutefois, il faut noter que la souveraineté de la loi n'est plus totale désormais. En effet, la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. L'action du législateur est donc conditionnée par le texte constitutionnel. Or, c'est justement lui qui reconnaît aux règles issues des traités une valeur supérieure à celle de la loi, comme d'ailleurs pour l'ensemble du droit international ¹⁴³.

En respectant les normes communautaires, le législateur ne fait finalement que se conformer aux règles constitutionnelles. D'autre part, c'est lui-même, voire directement le Peuple, qui a accepté, lors des lois autorisant la ratification des traités institutifs de l'Union européenne, que soient ainsi contraintes ses capacités de décision. Enfin, l'autonomie d'action des parlements nationaux quant aux normes communautaires est susceptible de degrés. Elle dépend, selon une distinction bien connue, du type d'acte à exécuter : très limitée pour les règlements, elle est plus étendue pour la mise en œuvre des directives, celles-ci n'impartissant aux États qu'un résultat à atteindre.

Les mêmes auteurs qui concluent à l'inadéquation de la loi pour la réalisation des objectifs communautaires, valorisent au contraire l'Exécutif ¹⁴⁴. Outre les qualités de simplicité et de rapidité, le pouvoir réglementaire, habitué à posséder une compétence limitée par des dispositions légales, serait mieux à

même de se cantonner au cadre de la stricte exécution des normes communautaires. S'ajoute à cela que le Gouvernement exécuterait mieux un droit à la création duquel il a contribué au sein du Conseil des ministres de l'Union.

L'ensemble de ces considérations crée un climat défavorable à l'utilisation de la voie législative. Les considérations d'opportunité plaident en faveur du pouvoir réglementaire pour l'exécution du droit communautaire. Cependant, ces données ne doivent pas éluder les éléments théoriques et les impératifs juridiques.

Section II

LE RÔLE DE LA RÉSERVE DE LOI DANS L'EXÉCUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

On a vu précédemment qu'en vertu du principe d'autonomie institutionnelle, la réserve de loi pouvait pleinement produire ses effets. Ceci se traduit par le maintien d'une compétence législative qui présente toutefois certaines caractéristiques. Reste à savoir si la norme communautaire ne remplace pas parfois la loi.

§ 1 - LE MAINTIEN D'UNE CERTAINE COMPÉTENCE

L'autorité compétente pour édicter les mesures d'application du droit communautaire doit être déterminée par rapport aux règles constitutionnelles. Dès lors, « le choix de la norme de développement et d'exécution du droit communautaire sera fonction du fait de savoir si la matière en cause est ou non soumise à une réserve de loi matérielle ou formelle » ¹⁴⁵.

Le paramètre à prendre en considération est donc la matière sur laquelle portent les normes communautaires. Si celles-ci affectent une matière réservée à la loi, leurs normes d'exécution ne pourront être édictées qu'au moyen d'une loi. Dans le cas inverse, le pouvoir réglementaire sera compétent ¹⁴⁶, sans préjudice de la possibilité pour la loi d'intervenir. La réserve de loi joue bien son rôle de distribution des fonctions normatives. Cette institution doit être entendue dans un sens large puisque, comme l'affirme le professeur Alonso Garcia, sont inclus les aspects matériels et formels. C'est dire qu'une loi sera nécessaire quant la Constitution le prévoit ou quant une loi sera intervenue pour réglementer la matière, même si celle-ci ne figurait pas au titre de la réserve de loi ;

¹⁴² Ainsi, A. MANGAS MARTIN considère que le déficit démocratique inhérent au processus normatif communautaire constitue une limite politique à l'emploi du pouvoir réglementaire national pour l'application des règles européennes : *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987, 2^e éd., p. 185 et s. Sur cette notion de déficit démocratique, voir dernièrement, M.-P. ROY, « La réforme des délégations parlementaires pour les Communautés européennes : la loi du 10 mai 1990 », *RRJ* 1991, n° 1, p. 24.

¹⁴³ Article 55 de la Constitution. La subordination de l'acte législatif n'est pas le propre du droit européen, mais de l'ensemble des normes internationales. Simplement, dans le cas du premier, est-elle plus flagrante, eu égard à l'importance quantitative des normes communautaires. Leur seule spécificité juridique réside dans l'impossibilité de contrôler la condition de réciprocité, considérant l'existence d'un mécanisme communautaire propre à assurer la sanction des manquements des États-membres.

¹⁴⁴ M. SOHIER et C. MEGRET, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁵ R. ALONSO GARCIA, « La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español », *RAP* 1990, n° 121, p. 213. À titre d'exemple d'utilisation de la réserve de loi pour la mise en œuvre dans les droits nationaux des pouvoirs reconnus aux institutions communautaires, voir D. TRIANTAFYLOU, « Marchés publics et sécurité juridique : les interventions des institutions communautaires », *RFDA* 1995, p. 622.

¹⁴⁶ C'est d'ailleurs ce que reconnaît expressément la loi italienne n° 183/87, du 16 avril 1987. Son article 11 prévoit la possibilité de mettre en œuvre des directives communautaires par voie réglementaire, dès lors qu'elles portent sur des matières non couvertes par la réserve de loi et non déjà régulées par la loi. Sur la possibilité d'utiliser l'article 97 de la Constitution espagnole (confiant au Gouvernement le pouvoir réglementaire) pour exécuter les normes communautaires n'affectant pas la réserve de loi, voir J. JUSTE RUIZ, *op. cit.*, p. 285.

l'intervention de la loi a pour effet, dans ce cas, de figer le rang normatif en l'élevant au niveau législatif ¹⁴⁷.

Reste qu'on pourrait se demander, dans cette dernière hypothèse, si l'intervention de la loi est vraiment nécessaire. Effectivement, ce n'est pas directement à travers la réserve de loi que la Constitution laisse alors une place à la loi, mais c'est la hiérarchie des normes qui implique que « ce qu'une loi a fait, seule une autre loi peut le défaire ». La matière devient législative par la seule volonté du législateur, enrichissant les compétences que lui réserve la Constitution.

Or, certaines dispositions du droit communautaire (et notamment les règlements) ont un effet abrogatoire dans la mesure où, à partir de leur entrée en vigueur, les États membres ne peuvent plus appliquer la règle nationale contraire ¹⁴⁸.

Dans ces conditions, ne peut-on considérer que la norme communautaire, en abrogeant la loi nationale contraire (ceci n'est d'ailleurs qu'une conséquence de la primauté du droit communautaire), annule du même coup la compétence que le législateur s'était octroyée ?

Pour la Cour de justice, si certaines normes communautaires ont effectivement pour conséquence de rendre inapplicables des lois internes incompatibles, ceci ne constitue cependant pas une abrogation implicite. Ce faisant, il en résulte une situation de fait ambiguë quant au droit applicable. Et cet élément d'insécurité juridique doit être éliminé ¹⁴⁹. Encore faut-il déterminer la norme apte à supprimer expressément l'antagonisme entre les deux droits, et revoir plus particulièrement s'il ne suffit pas que l'abrogation de la législation interne soit seulement constatée par un acte juridique de valeur quelconque.

Dans ses conclusions sur l'arrêt du 24 mars 1988 ¹⁵⁰, l'Avocat général écrit qu'il « est de jurisprudence constante que l'incompatibilité de la législation nationale avec le droit communautaire ne peut être définitivement éliminée qu'au moyen de dispositions internes à caractère contraignant ayant la même valeur juridique que celles qui doivent être modifiées », en se fondant sur l'arrêt du 15 octobre 1986, *Commission c/ Italie* ¹⁵¹.

Au total, dès lors qu'une loi, régulant un secteur normatif, se trouve être en contradiction avec une norme communautaire, c'est une disposition de même valeur dans la hiérarchie juridique qui doit venir la modifier, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la loi en question intervenait ou non sur une matière constitutionnellement réservée à ce type d'acte. La sélection des modalités d'exécution du droit communautaire tient donc aussi compte de l'existence d'une réserve formelle. Autrement dit, la loi, en appréhendant des matières, se réserve la compétence d'exécution, au cas où une réglementation communautaire interviendrait sur ces matières. C'est pourquoi il faut considérer la réserve de loi dans ses deux composantes.

Après avoir esquissé le mécanisme de répartition entre lois et règlements nationaux pour satisfaire à l'article 5 du traité, il faut en examiner le

¹⁴⁷ Et ce en vertu du principe de primauté de la loi. Sur la distinction entre réserve formelle et réserve matérielle, cf. *supra* ; voir aussi la conjugaison des deux réserves à l'article 11 de la loi 183/87, précitée.

¹⁴⁸ Cf. P.-H. TEITGEN, « L'application du droit communautaire par le législatif et l'Exécutif français », *op. cit.*, p. 782.

¹⁴⁹ Arrêt *Commission c/ France* du 4 avril 1979, affaire 167/173, *Recueil* 1979, p. 359.

¹⁵⁰ Affaire 104/86, *Commission c/ Italie*, *Recueil* 1988, p. 1799.

¹⁵¹ Affaire 168/85, *Recueil* 1986, p. 2945.

fonctionnement. On remarque qu'une fois établie la compétence législative, cette attribution est fréquemment déléguée au profit du pouvoir réglementaire. Sans doute s'agit-il d'une conséquence des craintes développées relativement à l'utilisation de l'acte législatif ¹⁵².

Pour ce faire les techniques utilisées sont variées.

D'abord, le Gouvernement aura tendance, pour satisfaire à ses obligations communautaires, à utiliser des renvois législatifs préexistants et qui n'ont pas nécessairement été édictés à cet effet. Le phénomène existe en France, où il est favorisé par la jurisprudence du Conseil d'État qui se refuse à censurer les « habilitations » législatives sur les matières réservées à la loi ¹⁵³ ; il existe parallèlement en Italie, où en l'absence d'une loi *ad hoc* autorisant l'intervention réglementaire, le Gouvernement a recours à des lois déjà en vigueur lors de l'édition de la norme communautaire, et qui n'ont donc pas pour objet direct son application ¹⁵⁴.

Dans les cas où le Gouvernement ne pourrait trouver un fondement dans le stock de lois en vigueur, il serait toujours à même d'en faire voter une. Cette possibilité est d'ailleurs expressément prévue par la loi italienne du 9 mars 1989 ¹⁵⁵. Elle institue une « loi communautaire annuelle » qui peut inclure des autorisations pour mettre en œuvre, par voie réglementaire, des normes communautaires. À cet effet, le Gouvernement doit déterminer la liste des directives qu'il prétend réceptionner dans l'ordre juridique interne, la loi communautaire pouvant contenir des délégalisations portant sur des matières non réservées à la loi ¹⁵⁶. Ceci permet alors l'application par le Gouvernement des directives en question, nonobstant toutes lois antérieures. Un délai de quatre mois est toutefois imparti à l'Exécutif pour faire usage des possibilités que lui confère la loi communautaire.

Cette même loi laisse d'autre part intactes les dispositions de l'article 20 de la loi 183/1987. Selon ce texte, les ministres compétents pourront adopter des décrets ministériels afin de mettre en œuvre des directives communautaires dont le contenu a uniquement pour objet la modification des modalités exécutives et des caractéristiques techniques d'autres directives déjà incorporées à l'ordonnement juridique interne. On retrouve, dans ces dispositions législatives, une certaine conception matérielle du pouvoir réglementaire dont le domaine propre est la réglementation technique et de second ordre.

Ensuite, l'Exécutif a la possibilité de recourir aux techniques de la législation d'urgence. C'est le cas en France, avec l'utilisation de l'article 38 de la Constitution qui autorise le Parlement à voter une loi d'habilitation permettant

¹⁵² Cf. *supra*, section 1.

¹⁵³ Cf. *infra*, 2^e partie.

¹⁵⁴ Voir sur ce point les exemples cités par P.-F. LOTITO, « L'attuazione amministrativa delle norme comunitaria », rapport au Colloque sur « Les actes normatifs secondaires du gouvernement », Florence, 28-29 juin 1991, dactyl., p. 9.

¹⁵⁵ Loi n° 86/1989, dite « Loi La Pergola », relative à la définition de règles générales sur la participation de l'Italie au processus communautaire et sur les procédures d'exécution des obligations communautaires (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n° 58 du 10 mars 1989).

¹⁵⁶ Sur l'utilisation de la délégalisation en droit italien pour la mise en œuvre du droit communautaire, A. TIZZANO, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien », *AJDA* 1996, p. 131. Concernant l'Espagne, R. ALONSO GARCIA (« La ejecución normativa », *op. cit.*, p. 219, 220) considère aussi la possibilité d'opérer des délégalisations, dès lors qu'il n'existe pas de réserve matérielle sur la matière en cause, l'intervention des lois à délégaliser n'ayant créé qu'une simple réserve formelle. Voir aussi, J.-L. MARTINEZ LOPEZ MUNIZ, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol », *AJDA* 1996, p. 118.

au Gouvernement de légiférer, pendant un délai limité, dans les matières réservées à la loi¹⁵⁷. C'est aussi le cas en Espagne¹⁵⁸, et en Italie, par le biais des décrets-lois ou des décrets-législatifs. Dans ce dernier pays, l'article 3 de la loi du 9 mars 1989¹⁵⁹ prévoit même la possibilité, pour la loi communautaire, de contenir des habilitations conformes à l'article 76 de la Constitution, afin que le Gouvernement puisse opérer par voie de décrets législatifs.

Les hypothèses examinées précédemment se ramènent à une série d'alternatives. Il faut d'abord s'assurer que la matière sur laquelle porte la norme communautaire relève bien des matières réservées à la loi. Si tel n'est pas le cas, le pouvoir réglementaire peut intervenir spontanément. Dans l'hypothèse inverse, une loi est nécessaire, soit pour exercer la compétence d'exécution, soit pour s'en défaire sur l'Exécutif¹⁶⁰.

Il nous faut maintenant envisager la possibilité que le pouvoir réglementaire exécute directement des normes communautaires réglementant des matières législatives, sans lois l'y autorisant.

§ 2 - LA SUBSTITUTION DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE À LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

La question qui se pose est de savoir si l'acte communautaire ne peut tenir le rôle de la loi vis-à-vis de la réserve de loi. Il y aurait alors substitution normative, l'acte communautaire exerçant la compétence dévolue à l'acte législatif, ouvrant ainsi la voie au pouvoir réglementaire de l'administration. L'interrogation existe notamment par rapport aux règlements communautaires, en tant que normes directement applicables¹⁶¹, et dont le degré de complétude normative n'implique que la fixation de mesures de stricte application ; ils ne laissent subsister qu'une faible marge de développement normatif. Ces règlements se présentent bien comme des normes primaires, à l'instar de la loi.

Peut-on alors considérer, si la matière sur laquelle le règlement édicte des dispositions est réservée à la loi, que cette réserve de loi est satisfaite par la simple existence de cette norme communautaire ?

Pour P.-F. Lotito¹⁶², le problème se ramène à déterminer si « l'administration publique peut, sans autorisation expresse du législateur, de façon autonome, mettre en exécution de tels actes situés dans la hiérarchie des normes au même rang que la norme primaire nationale ». Et ce même auteur de citer un certain nombre de décrets mettant directement en œuvre des règlements communautaires.

En France, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur cette possibilité. D'abord, dans le cadre de ses fonctions consultatives, a été rendu l'avis du 20 mai 1964. Aux termes de celui-ci¹⁶³, « le Gouvernement lorsqu'il

157 Sur l'utilisation des ordonnances de l'article 38 pour la mise en œuvre du droit communautaire, voir C. BOYER MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, coll. Droit public positif, PUAM-Economica, 1996, p. 72 et s.

158 Voir R. ALONSO GARCIA, « La ejecución normativa... », *op. cit.*, p. 219.

159 Précitée.

160 La loi intervient alors *ex ante*, sauf dans le cas des décrets-lois italiens et espagnols, où elle est nécessairement *ex post*.

161 Art. 189 alinéa 2 du Traité de Rome.

162 Rapport précité, p. 4.

163 Non publié, mais cité par P.-H. TEITGEN, in « L'application du droit communautaire par le... », *op. cit.*, p. 793. Le texte de cet avis est très souvent repris dans la littérature communautaire,

assure l'exécution des dispositions directement applicables des traités, ainsi que des règlements et décisions de la Communauté européenne étant dans la même situation que lorsqu'il applique la loi interne, il en résulte que les mesures d'application des dits actes seront normalement prises par voie réglementaire ». Le Conseil d'État assimile l'exécution du règlement communautaire à l'exécution de la loi. Il en résulte que la compétence législative est épuisée par ces dispositions communautaires, et en conséquence l'Exécutif peut déterminer lui-même les modalités d'application.

Cette prise de position ne devait pas rester sans effet sur le plan contentieux. L'arrêt du 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes graves de Bordeaux et autres*¹⁶⁴ se situe dans la logique de l'avis de 1964.

Les requérants contestaient la légalité de plusieurs articles du décret n° 74-87 du 19 octobre 1974 fixant les règles applicables aux examens analytiques et organoleptiques des vins à appellation d'origine contrôlée. Était notamment en cause l'article 1, instituant un certificat d'agrément, délivré après examen, pour les vins pour lesquels est revendiquée une appellation d'origine contrôlée. Selon les auteurs de la requête, cette disposition violerait l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, au motif qu'elle porte atteinte, par voie réglementaire, à la liberté du commerce et de l'industrie.

Après avoir constaté l'impossibilité de rattacher le décret litigieux à une quelconque loi, le commissaire du Gouvernement précise que « l'obligation des examens analytique et organoleptique résulte directement en France, non pas d'un acte d'une autorité française, mais du règlement communautaire ». C'est en effet, la réglementation communautaire, et en particulier le règlement 817/70 du 28 avril 1970, qui a suscité le décret déféré. L'article 11 de ce dernier prévoit ainsi que les producteurs doivent soumettre les vins susceptibles de bénéficier de la dénomination « vins de qualité produit dans des régions déterminées » (au nombre desquels figurent les vins à appellation d'origine contrôlée) à un examen analytique et organoleptique.

Dans ces conditions, « l'intervention du législateur français pour imposer des examens analytiques et organoleptiques n'était donc pas nécessaire du fait même de l'existence préalable d'un règlement pris par le Conseil des Communautés européennes ». Il s'ensuit que le moyen, fondé sur la compétence législative, doit être rejeté.

Le Conseil d'État entérine ce raisonnement. Après avoir énoncé que le Gouvernement s'est borné, en édictant le décret déféré, à assurer l'exécution du règlement communautaire, il en conclut que « dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'à défaut d'une habilitation législative, ... le Gouvernement aurait excédé sa compétence ».

L'article 1 du décret est validé pour la seule raison que la compétence législative, nécessitée par la Constitution, a été exercée par le règlement communautaire. Preuve en est que dans le même arrêt, le Conseil d'État n'hésite pas à annuler l'article 3 de ce décret, motif pris qu'il institue une taxe, en violation de l'article 34, et ce alors que le règlement communautaire n'a rien prévu relativement à la couverture des frais occasionnés par les contrôles qu'il impose.

avec parfois quelques nuances de rédaction. Voir par exemple : J.-V. LOUIS, *op. cit.*, n° 144 ; G. ISAAC, *op. cit.*, p. 191.

164 *Rec. p. 531, RTDE 1979, p. 717, conclusions B. GENEVOIS.*

Pour la Haute juridiction administrative, la réserve de loi a seulement pour effet d'interdire que la régulation d'une matière soit le fait, à titre principal, d'une norme inférieure à la loi ; mais, elle n'interdit pas que cette régulation puisse être accomplie moyennant une norme supra-législative, telle que la norme communautaire directement applicable.

Telle est aussi la doctrine du Conseil constitutionnel. Celle-ci résulte des décisions du 30 décembre 1977¹⁶⁵. Dans la décision 89 DC, le Conseil s'est prononcé sur la conformité à la Constitution de la loi de finances pour 1978. Celle-ci prévoyait notamment la perception d'un prélèvement de coresponsabilité sur le lait, institué par règlements communautaires, sans fixer aucunement l'un quelconque des éléments caractéristiques de l'impôt (assiette, taux ou modalités de recouvrement). Il est vrai que le mécanisme du prélèvement était très détaillé, la Commission ayant adopté, le 5 août 1977, sur habilitation du Conseil des Communautés¹⁶⁶, un règlement d'application du règlement du 17 mai 1977, institutif du prélèvement.

D'après les députés, auteurs de la saisine, le législateur, en n'édicant aucune règle relative au prélèvement de responsabilité, aurait enfreint la Constitution. Le Conseil constitutionnel, se fondant sur les termes de l'article 189 du Traité de Rome, valide la loi, considérant que « les dispositions qu'avaient à prendre les autorités nationales pour assurer l'exécution des règlements du 17 mai 1977 et du 5 août 1977 n'exigeraient pas l'intervention du Parlement ». Ce raisonnement résulte, à la fois, du caractère de mesure d'ordre économique, touchant à l'organisation du marché laitier, qui s'attache au prélèvement, et du contenu détaillé des prescriptions édictées par les règlements communautaires.

L'analyse opérée par le Conseil constitutionnel apparaît clairement : d'une part, il définit la portée de la réserve de loi en la matière (rattachement du prélèvement à une mesure d'organisation d'un marché) ; d'autre part, il vérifie l'exhaustivité du contenu normatif du règlement communautaire, par rapport à l'ampleur de la réserve de loi. Tout en admettant parfaitement que la règle internationale, directement applicable, se substitue à l'acte législatif, le Conseil recherche s'il ne demeure pas un élément de compétence législative, c'est-à-dire, si la norme communautaire a couvert l'intégralité du champ réservé à la loi, dans la matière considérée¹⁶⁷. C'est seulement par confrontation à cette compétence résiduelle que sera apprécié le bon exercice, par le législateur, de sa compétence et éventuellement censurée une incompétence négative. En l'espèce, la précision communautaire avait éradiqué l'intégralité de l'espace attribué à la loi.

165 77-89 DC, *Rec.* p. 46 et 77-90 DC, *Rec.* p. 44.

166 Article 155 du Traité CEE.

167 Cette démarche du Conseil constitutionnel permet d'affirmer que si le règlement communautaire implique une diminution de la compétence législative, il n'entraîne pas pour autant un élargissement de la compétence réglementaire nationale : le dessaisissement s'effectue au seul profit de la norme communautaire. En effet, la juridiction constitutionnelle recherche si la totalité de la réserve de loi dans la matière a bien été couverte par la régulation communautaire ; et dans le cas contraire, il reconnaît compétence au législateur pour épuiser le restant de réserve, en édictant les textes complémentaires au règlement communautaire (décision 77-90 DC), l'Exécutif ne pouvant intervenir qu'une fois cette compétence exercée. Non seulement n'y a-t-il pas accroissement de la compétence gouvernementale (*contra* : S. PIERRE-CAPS, « L'adaptation du Parlement français au système communautaire », *RFDC* 1991-1, p. 233-273), mais encore celle-ci peut-elle être diminuée, dans le cas d'un règlement CEE si précis et détaillé qu'il couvrirait à la fois la réserve de loi et la compétence réglementaire nationale.

Le même raisonnement devait être appliqué au prélèvement sur l'isoglucose, institué par un autre règlement du 17 mai 1977, émanant du Conseil des Communautés.

Ici encore, il était reproché au législateur d'avoir méconnu l'article 34 de la Constitution, la loi de finances rectificative pour 1977 s'étant contentée de fixer les modalités de recouvrement de ce règlement. Dans sa décision 77-90 DC, la juridiction constitutionnelle affirme la compatibilité du texte déféré avec la Constitution, le Parlement n'ayant pas à intervenir pour la détermination du taux et de l'assiette, déjà définis par le règlement lui-même. Au législateur « revenait seulement de régler les modalités de recouvrement non fixées par le règlement » (4^e considérant). Le reliquat de compétence ayant bien été exercé par le pouvoir législatif, conformément à l'article 34, les parlementaires n'ont pas méconnu leur compétence. C'est seulement parce que la marge de manœuvre laissée par la Communauté était plus importante dans l'hypothèse du prélèvement sur l'isoglucose que dans celle du prélèvement sur le lait, que la loi d'application avait un contenu normatif plus développé. En effet, elle fixait au moins les modalités de recouvrement, ce qui n'était même pas le cas dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 89 DC¹⁶⁸.

On retrouve, à l'endroit de la jurisprudence constitutionnelle, l'affirmation de J.-V. Louis, d'après qui « c'est la matière sur laquelle porte le complément et l'ampleur des pouvoirs conférés à l'État qui est déterminante pour la répartition des tâches entre l'exécutif et le législatif »¹⁶⁹.

Peut-on, pour autant, déceler une divergence entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, quant à la sélection des autorités compétentes pour procéder à l'exécution des règlements communautaires¹⁷⁰ ?

Comme il a été dit, il nous semble que les raisonnements des deux juridictions procèdent de la même logique : le règlement communautaire vient en diminution de la compétence législative, occupant la place constitutionnellement réservée à la loi. Simplement, le Conseil constitutionnel envisage la possibilité que la substitution ne soit que partielle, laissant alors subsister une place au profit de la loi. Cette dernière juridiction a seulement une position plus précise que le Conseil d'État, qui considère une substitution pure et simple, le règlement couvrant l'intégralité de la réserve de loi.

Deux facteurs concordants permettent d'expliquer l'option de l'avis de 1964 (si tant est d'ailleurs que le Conseil d'État n'ait pas envisagé, dans la partie non publiée de cet avis, l'hypothèse du règlement incomplet). D'une part, on pensait, à cette date, que le domaine de la loi était plus limité que ce qu'il se révéla être par la suite ; d'autre part, la distinction entre les actes communautaires paraissait plus tranchée, le règlement apparaissant comme l'acte normatif immédiatement exécutoire et donc à la fois précis et complet. De là, découle l'idée de la *pleine* éviction d'une loi, au domaine limité, par un règlement communautaire exhaustif.

Ces principes posés, il faut remarquer que la compétence législative subsistera toujours pour procéder lorsque cela s'avérera nécessaire, à l'abrogation

168 Ainsi, pour le professeur GAÏA, « l'intervention du règlement relatif à l'isoglucose qui eût été jusqu'à fixer, outre l'assiette et le taux, toutes les modalités de recouvrement de la cotisation, aurait de ce fait rendu inutile et même interdit toute intervention complémentaire du législateur français » (*Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre interne*, Economica-PUAM, 1991, p. 241).

169 « L'ordre juridique », *op. cit.*, n° 144.

170 P. GAÏA, *op. cit.*, p. 242.

expresse d'une législation nationale antérieure à l'édiction du règlement communautaire.

La solution dégagée à propos de ce type d'acte ne semble pas pouvoir être transposée à la définition des normes d'application des directives européennes. En effet, celles-ci ne sont pas directement applicables dans l'ordre interne et supposent l'exercice d'une compétence de transposition qui convertit le destinataire de la norme : c'est à l'État qu'il revient de transposer la directive dans les délais impartis afin que, par l'effet de cette transposition, les personnes juridiques bénéficient de droits ou se voient imposer des obligations. Contrairement au règlement, la directive assigne seulement un résultat, laissant aux États le soin de définir les modalités pour y parvenir. La marge ainsi créée laisse place à l'intervention du législateur. Comme l'exprime le professeur Gaïa, « la directive ne porte donc pas en principe atteinte à l'existence même du pouvoir normatif du législateur même si elle en affecte la nature (le pouvoir législatif n'est plus initial mais subordonné) et l'étendue (le pouvoir législatif est lié par le résultat à atteindre et se borne à opérer la transposition en droit interne de la directive) »¹⁷¹. En conséquence, la compétence communautaire ne peut se substituer, dans ce cas, à la compétence législative¹⁷².

De l'ensemble de ces considérations, il ressort que le mécanisme communautaire n'atteint pas directement la réserve de loi dans son principe. D'ailleurs, cette institution ne s'oppose nullement à la réglementation européenne. Bien au contraire, elle vient favoriser son application en gérant, une fois les normes communautaires édictées, le résidu de compétences normatives de l'État membre.

Reste que la place de la loi est profondément modifiée par le processus d'intégration communautaire. Celle-ci perd de ses facultés normatives, même si ce n'est qu'une des conséquences de l'acception, par les parlementaires eux-mêmes, des traités européens. Pourtant, la qualité représentative des parlements nationaux n'est pas en cause, et l'exigence démocratique est toujours présente.

A ce paradoxe, seul peut répondre la transformation, dans les matières concernées, du rôle du Parlement : il doit passer d'une fonction légiférante à une fonction de contrôle¹⁷³. En ce sens, le nouvel article 88-3 de la Constitution (issu de la révision du 25 juin 1992), qui prévoit que « le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil des Communautés, les propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative » et qui institue la possibilité pour le Parlement, de voter des résolutions, traduit cette évolution. En attendant une réserve de loi applicable au Parlement européen...

171 *Op. cit.*, p. 247.

172 En ce sens, cf. P.-F. LOTITO, *op. cit.*, p. 14. Pour une opinion contraire, voir J.-M. BANO LEON, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991, p. 217 : cet auteur estime que lorsque la directive atteint un degré tel de précision qu'elle en devient comparable « matériellement » à un règlement, « podrá prescindirse de la ley, para no reducir al Parlamento a una función meramente mecánica ».

173 Voir notamment, D. QUINTY et G. JOLY, « Le rôle des parlements européens et nationaux dans la fonction législative », *RDP* 1991, p. 413-436 et S. PIERRÉ-CAPS, *op. cit.*

TITRE II

LA RÉSERVE DE LOI EN DROIT COMPARÉ

La notion de réserve de loi est consacrée dans de nombreux pays européens¹⁷⁴, notamment ceux influencés par la doctrine allemande.

Elle sert ainsi de cadre à l'étude des relations entre la loi et le règlement en Pologne¹⁷⁵, le Tribunal constitutionnel polonais n'hésitant pas à rappeler que la loi ne peut renvoyer inconsidérément à l'Exécutif, la réglementation de matières couvertes par une réserve de loi¹⁷⁶. Il en est de même en Autriche, où dès 1923, la Cour constitutionnelle avait imposé au législateur la nécessité d'établir les éléments essentiels de la réglementation¹⁷⁷. D'autre part, « la Constitution portugaise définit un ensemble de matières dans lesquelles seule l'Assemblée de la République peut édicter des normes juridiques »¹⁷⁸ ; et là encore, le juge constitutionnel sanctionne les lois qui se défont de la compétence parlementaire.

Enfin, en Allemagne, le Tribunal constitutionnel fédéral a progressivement étendu la réserve de loi à des matières qui en étaient traditionnellement exclues, imposant que la loi définisse les éléments essentiels de la réglementation¹⁷⁹.]

Pourtant notre étude portera seulement, pour les raisons sus-exposées, sur la réserve de loi en Espagne et en Italie. Et encore, l'analyse de la réserve de loi

174 La réserve de loi apparaît ainsi comme un élément d'un modèle constitutionnel européen (V. CONSTANTINESCO, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RUDH* 1995, p. 447). Voir aussi, C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 1995, n° 488.

175 Voir en ce sens : S. ROZMARYN, « La loi, le règlement et l'arrêté dans le droit constitutionnel polonais », *RIDC* 1961, p. 494-506 ; Cf. L. GARLICKI, « La jurisprudence du Tribunal constitutionnel polonais en 1994 », *AJJC* 1994, vol. 10, p. 701.

176 Cf. L. GARLICKI, « La jurisprudence du Tribunal constitutionnel polonais en 1988 », *AJJC* 1988, vol. 4, p. 516-517.

177 Cf. L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, PUF, collection QSJ, n° 2293, p. 46.

178 AA. VV., *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1989, p. 298.

179 Cf. M. FROMONT, « RFA : les événements survenus en 1972 et 1973 », *RDP* 1975, p. 146 ; « RFA : La jurisprudence constitutionnelle en 1980 et 1981 », *RDP* 1982, p. 1061 ; « RFA : L'état de droit », *RDP* 1984, p. 1207 ; voir aussi C. STARCK, « La base constitutionnelle du droit scolaire en Allemagne », *RFDC* 1990, n° 5, p. 57. H. MAURER montre bien l'extension de la réserve de loi en Allemagne à des domaines nouveaux, tels que les « rapports de puissance publique spéciaux » ou la dispense de prestations par l'administration (*Droit administratif allemand*, LGDJ, Paris, 1995, p. 107-123, Traduction de M. Fromont). Dans le même sens, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988, vol. 1, p. 226-230.

en Espagne sera-t-elle privilégiée. Cette préférence s'explique par le fait que la Constitution espagnole est beaucoup plus récente que la Constitution italienne, et donc que la masse de jurisprudence et de doctrine qui lui est relative est plus restreinte. Ainsi, toute tentative de synthèse dans un laps de temps réduit est rendue plus aisée. D'autre part, comme on le verra, le projet espagnol d'instituer une délimitation constitutionnelle entre la loi et le règlement rend la comparaison plus attractive avec notre pays.

SOUS TITRE 1

LA RÉSERVE DE LOI DANS L'ORDONNANCEMENT ESPAGNOL

La réserve de loi ne s'impose pas d'elle-même : son existence n'est pas indispensable à tout système juridique. Il faut donc rechercher, voire démontrer sa présence dans chaque ordonnancement particulier. C'est ce que l'on se propose de faire pour l'Espagne.

Ce pays présente l'intérêt d'avoir une Constitution récente, puisque datant seulement de 1978. Les constituants ont donc pu avoir à l'esprit l'ensemble des modèles étrangers en matière de répartition des compétences entre la loi et le règlement. On verra ainsi qu'ils ont été tentés de s'inspirer du mécanisme établi par la Constitution française de 1958. De la même façon, la doctrine allemande a souvent été une source d'inspiration, concomitamment (et parfois en concurrence) avec les auteurs français, pour le droit public espagnol. Ces influences n'ont pas manqué concernant la réserve de loi. C'est d'ailleurs ce qui explique sans doute que la doctrine espagnole soit très divisée sur la signification réelle de cette institution.

D'autre part, il faut noter que l'Espagne s'est dotée, avec la Constitution du 29 décembre 1978, d'une justice constitutionnelle, élément *sine qua non* permettant l'existence d'une véritable réserve de loi. Ceci justifie l'importance que l'on accordera à la jurisprudence constitutionnelle, véritable révélateur de la portée de cette institution, et témoignage de son intégration au sein du bloc de constitutionnalité.

Apparaîtra alors la place centrale qu'occupe la compétence législative réservée, pour la répartition des compétences normatives. L'existence d'une réserve de loi a en effet des implications sur le pouvoir réglementaire ou sur la distribution des attributions entre l'État et les Communautés autonomes.

Chapitre I

L'INTÉGRATION D'UNE RÉSERVE DE LOI AU SEIN DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

La consécration d'une réserve de loi sera le fait de la Constitution de 1978. Cette constatation ne dispense pas pour autant d'analyser la situation antérieure à cette date. En effet, à bien des égards, les normes constitutionnelles actuelles ne peuvent se comprendre que par l'analyse de la situation antérieure. Tel est le cas pour les rapports entre la loi et le règlement, surtout lorsque ce dernier type d'acte apparaît comme la faculté normative d'un Exécutif autoritaire (période franquiste).

De plus, une fois dépassée la simple constatation de l'existence d'une réserve de loi, il faut tenter d'en explorer les limites, afin de déterminer sa portée réelle.

Enfin, on mettra en relief, à travers la jurisprudence constitutionnelle, la manifestation contentieuse des réserves de loi à travers le contrôle des renvois législatifs.

Section I

L'ÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE

La Constitution de 1978 consacre explicitement des réserves de loi. Nul doute que l'attribution d'une compétence obligatoire est apparue aux yeux des constituants comme une des garanties indéfectibles de l'ancrage de l'Espagne dans le camp démocratique.

Cette reconnaissance expresse du rôle incontournable de la loi tranche à la fois avec l'incertitude sur la situation de la réserve de loi antérieurement à 1978 et avec l'imprécision de la consécration du pouvoir réglementaire. Cette dernière caractéristique est en réalité le fruit du compromis présidant à l'œuvre constituante.

§ 1 - LA SITUATION ANTÉRIEURE À 1978

L'histoire constitutionnelle espagnole est relativement mouvementée. Nombre de constitutions se sont succédées depuis la Constitution de Cadix de 1812. La parenté avec la situation française est ici évidente. Naturellement, les relations entre la loi et le règlement occupent une place certaine au sein de ces différents textes constitutionnels.

Ainsi, la Constitution de 1812 énumère, en son article 131, les titres de compétence des *Cortes*, à l'instar de la Constitution française du 3 septembre 1791 (titre 3, chapitre 3, section 1, article 1). Dans le même temps, l'article 171 attribue à l'Exécutif un pouvoir réglementaire pour l'exécution des lois.

Par la suite, les constitutions postérieures¹⁸⁰ établirent des dispositions similaires, cantonnant le pouvoir réglementaire à l'exécution de la loi et résumant la compétence des *Cortes* dans la fonction de « faire les lois ».

Comme devait l'affirmer le professeur Gallego Anabitarte, il résulte de ces données que « le pouvoir réglementaire attribué au Roi ou au Gouvernement par les constitutions espagnoles, est strictement limité à l'« exécution des lois », et que le pouvoir législatif... détient une compétence totale »¹⁸¹. En aucun cas n'existe un quelconque pouvoir réglementaire autonome. La Constitution de 1931 conclut cette lignée. Bien qu'utilisant l'expression « matières réservées à la compétence des *Cortes* »¹⁸², elle n'en énonce pourtant aucune et confirme l'institution d'un pouvoir réglementaire exécutif.

Toutefois, fait exception à cette permanence l'avant-projet de constitution de Primo de Rivera, de 1929. Celui-ci, après avoir établi une réserve de loi pour certaines matières, confère au Roi le pouvoir d'édicter des normes dans les « matières non réservées par la Constitution à la compétence législative exclusive »¹⁸³. C'est un mécanisme identique que les constituants de 1978 avait la prétention de mettre en place, mais là encore ce dessein fut abandonné.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les normes régulatrices de l'exercice du pouvoir, édictées pendant la période franquiste.

A. - La période franquiste et la recherche d'une réserve de loi

Cette période se caractérise par l'incertitude et l'imprécision quant à l'existence et à la portée de nombreux concepts juridiques. Ceci s'explique par le caractère autoritaire du régime, le pouvoir étant concentré en dernier ressort entre les mains du *Caudillo*. La réserve de loi ne fait pas exception à ce schéma général.

Néanmoins, il existe un certain nombre de textes régulateurs de l'exercice du pouvoir, qui prévoient une répartition des tâches entre la loi et le règlement. C'est à partir de ces normes que la doctrine a pu initier une discussion sur le thème de la réserve de loi dans l'ordre juridique espagnol. Et par la suite, les études des professeurs García de Enterría, Gallego Anabitarte, ou Perez Royo serviront de base pour les commentaires du texte de 1978.

1. Les textes

En premier lieu, c'est l'article 17 de la loi du 30 janvier 1938 qui attribue au chef de l'État le pouvoir d'édicter des normes juridiques d'ordre général. Dès cette confusion des pouvoirs réalisée, ce même texte prévoit que revêtira la forme de loi toute disposition qui affecte la structure organique de l'État ou qui a pour vocation de constituer une des normes principales de l'ordonnement du pays. Dans les autres cas, la forme décrétole suffit. Incontestablement, c'est une conception matérielle de la loi qui est ainsi consacrée.

Par la suite, la loi des *Cortes* du 17 juillet 1942 devait venir préciser l'énoncé de la compétence législative. L'article 10 énumère les « matières dont connaîtront les Cortes en formation plénière ». Sont inclus notamment, les grandes opérations économiques ou financières, le régime des impôts, le budget,

la nationalité, les droits et devoirs des espagnols, le droit civil, pénal, commercial, processuel, l'organisation judiciaire et l'administration. Enfin, le paragraphe « m » de ce même article prévoit la possibilité pour le Gouvernement d'augmenter le champ de la loi en soumettant aux *Cortes* toute autre matière qu'il juge utile¹⁸⁴.

L'article 12 définit la compétence législative des Commissions des *Cortes*, par opposition à la formation plénière. Relèvent des Commissions toutes les dispositions qui, bien que ne faisant pas partie de la liste de l'article 10, doivent être édictées en la forme législative, soit parce qu'ainsi en a décidé une loi postérieure à la loi des *Cortes*, soit parce qu'un avis en ce sens a été rendu par une commission spéciale, après saisine par le Gouvernement ou par la Commission permanente des *Cortes*¹⁸⁵.

D'autre part, la Loi organique de l'État du 10 janvier 1967 a ajouté un deuxième paragraphe à l'article 12. Il institue un mécanisme propre à interdire aux *Cortes* d'outrepasser leur compétence. La décision sur le titulaire de la compétence controversée appartient à la commission spéciale dont il est fait état à ce qui devient le paragraphe 1^{er} de l'article 12. Ainsi, aux termes des nouvelles dispositions de l'article 12¹⁸⁶, « si une commission quelconque des *Cortes* traite, à l'occasion de l'étude d'un projet, d'une proposition de loi, ou d'une motion, une quelconque question ne relevant pas de la compétence des *Cortes*, le président des *Cortes*, de sa propre initiative, ou sur la demande du Gouvernement, pourra demander l'avis de la commission dont il est fait état au paragraphe précédent. Au cas où l'avis considérerait que la matière ne relève pas de la compétence des *Cortes*, l'affaire sera retirée de l'ordre du jour de la commission ».

L'ensemble de ce dispositif laisse entrevoir que la compétence des *Cortes* est nettement définie et, qu'en conséquence, ceux-ci ne peuvent se prononcer sur des matières non incluses dans leurs attributions. Toutefois, l'article 10 énumère d'importants secteurs normatifs et les *Cortes* peuvent outrepasser ses prévisions dans deux cas : dès lors que le Gouvernement en prend l'initiative¹⁸⁷; ou dès lors que le Gouvernement, en ne faisant pas usage des facultés qui sont les siennes¹⁸⁸, ne s'y oppose pas. C'est bien l'Exécutif qui règle la géométrie des compétences du législateur, et ce à partir du noyau dur que constitue l'énumération de l'article 10.

Pour autant, la compétence législative se voit protégée par les articles 41 et 52 de la loi de 1967. Ce dernier interdit au Gouvernement d'édicter des dispositions qui, « conformément aux articles 10 et 12 de la loi des *Cortes*, doivent revêtir la forme de loi », tandis que l'article 41 prohibe à l'administration de réguler les matières qui font partie de la compétence exclusive des *Cortes*. Mais cette règle souffre d'une exception : elle n'est valable que « sauf autorisation expresse de la loi ». La loi organique de l'État prévoit aussi un recours de « *contrafuero* »¹⁸⁹ qui pourra être utilisé par les *Cortes*, dans le cas

184 Relèvent ainsi des *Cortes* « las demas leyes que el gobierno, por si o a propuesta de la comision correspondiente, decida someter al pleno de las Cortes ».

185 Cette dernière possibilité a été ajoutée à l'article 12 par la *Ley organica del Estado* de 1967. Dans la rédaction de 1942, la commission spéciale prévue à cet article ne pouvait intervenir que sur demande du Gouvernement.

186 D'ailleurs reproduites à l'article 101 du règlement des *Cortes* de 1971.

187 Article 10, m.

188 Article 12, II.

189 Articles 59 et s.

180 Constitutions de 1837, 1845, 1856, 1869, 1873, 1856 et 1931.

181 « Ley y reglamento en España », *RAP* 1968, n° 57, p. 95.

182 Articles 61 et 80.

183 Article 70, 5°. Voir sur ce point, A. GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, p. 99.

d'intervention du Gouvernement sur leur domaine ; c'est alors le chef de l'État qui tranche le litige.

Il résulte de ces prescriptions que dans les matières réservées à la loi, seuls pourraient intervenir des règlements exécutifs des lois. En effet, « l'administration ne pourra édicter de règlements en ces matières que pour compléter une loi contenant les règles de base »¹⁹⁰. Ceci s'explique par le fait que la loi ne peut renoncer intégralement à l'exercice de sa compétence en conférant un pouvoir réglementaire inconditionné à l'administration¹⁹¹. Quoi qu'il en soit, toute régulation réglementaire initiale doit être proscrite dans ce cas.

C'est le paragraphe II de l'article 13 de la loi organique de l'État qui confie au Conseil des ministres le pouvoir d'exécuter les lois. En cela, il confirme l'article 10, 6° de la loi sur le régime juridique de l'Administration de l'État (LRJAE) du 26 juillet 1957.

Cette loi contient aussi un élément fondamental relativement à la définition de l'espace normatif du pouvoir réglementaire. Il y est dit que « adopteront la forme décrétale, les dispositions générales non mentionnées dans les articles 10 et 12 de la loi des Cortes »¹⁹². Apparaît alors la contrepartie de l'énumération à laquelle a procédé la loi de 1942 : l'ouverture d'un champ au profit de l'Exécutif.

C'est notamment autour de cette disposition que devaient s'opposer des analyses divergentes sur l'étendue du pouvoir réglementaire pendant la période franquiste. Il est vrai que la multiplicité des textes régissant, durant cette période, les sources normatives, laisse place à l'exégèse.

2. L'analyse doctrinale

Le véritable débat réside dans l'existence d'une réserve réglementaire, pendant le régime franquiste. À aucun moment les textes composant le droit constitutionnel ne formulent expressément le principe d'une telle réserve. C'est-à-dire qu'elle ne peut qu'être déduite d'une interprétation globale de l'ensemble de ces textes.

Une partie de la doctrine n'hésite pas à inférer une telle conséquence des normes précédemment étudiées. Leur démonstration s'appuie sur plusieurs points.

L'origine repose dans l'affirmation selon laquelle la compétence législative est déterminée de façon stricte et limitative. La réserve de loi créée par la Loi des Cortes constituerait le cadre au-delà duquel le législateur ne peut s'aventurer. Le deuxième paragraphe de l'article 12 de la loi de 1942 vient organiser un mécanisme délimitateur, prompt à sanctionner les débordements de compétence émanant du législateur. La compétence limitée du législateur profite au pouvoir réglementaire en vertu de l'article 24 de la LRJAE, celui-ci ayant vocation à régir toutes matières non réservées à la loi.

Il serait donc possible de configurer un règlement autonome au sein de l'ordonnement espagnol. L'existence de cette typologie serait impliquée par « la limitation précise de la compétence des Cortes et l'interdiction pour ceux-ci de se prononcer sur des matières autres que celles énoncées au paragraphe second de l'article 12 de la loi des Cortes »¹⁹³.

190 S. MUNOZ MACHADO, « Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español », RAP 1975, n° 77, p. 155.

191 Ibid, p. 156.

192 Article 24 de la LRJAE.

193 M.-F. CLAVERO AREVALO, « Existen reglamentos autonomos en el derecho español ? », RAP 1970, n° 62, p. 18. Le professeur Gallego Anabitarte arrive à la même conclusion, définissant le règlement autonome comme « todo aquello que no sea "reserva de ley" » (op. cit., p. 90).

C'est la protection du domaine réglementaire qui, générant une réserve réglementaire, justifie l'utilisation du qualificatif « autonome ». En effet, si la matière à régir n'appartient pas à la loi, seul pourra intervenir l'Exécutif, et le législateur ne saurait se substituer à cette intervention (à l'exemple de ce qui se passe pour les matières réservées en vertu des articles 10 et 12 de la loi de 1942 : la loi peut régir ces secteurs, le règlement ne pouvant que la compléter, par le biais d'un règlement exécutif, et non la remplacer). Il ne s'agit pas d'un simple règlement indépendant dans la mesure où la loi ne peut, sans méconnaître sa compétence, réguler la matière en cause : le règlement dispose d'un monopole sur celle-ci.

Reste que ces affirmations doivent être nuancées. Plus que de l'appartenance d'une matière à la réserve de loi, les capacités d'intervention du règlement dépendent surtout de l'éventuelle existence d'une loi sur la matière en cause. Effectivement, aucune possibilité de délégalisation n'a été instituée. Aussi, « le règlement autonome se devra de respecter et de ne pas modifier ou abroger les règles contenues dans les lois, même si le recours à la loi n'était pas nécessaire pour définir ces règles »¹⁹⁴. Mais alors, il ne s'agit là que d'un règlement exécutif qui ne peut contredire la législation en vigueur.

Ceci n'est pas sans importance, considérant qu'une loi peut être votée, même si elle ne rentre pas expressément dans le cadre des prévisions de l'article 10 : soit que le Gouvernement en décide ainsi (en usant des facultés que lui confère l'article « 10 m », ou en s'abstenant d'invoquer l'article 12 II), soit qu'une loi ait institué cette compétence législative (article 12 I). Dans cette dernière hypothèse, la loi contribue à créer son propre domaine. Cependant, cette faculté est contrôlée par le Gouvernement puisqu'il partage l'initiative législative (il se peut qu'il ait ponctuellement intérêt à insérer, dans un projet de loi, une clause de compétence en faveur de la loi) et qu'il dispose de l'ordre du jour de la formation plénière des Cortes, comme des commissions (seules concernées par l'article 12 I). De plus, théoriquement, les Cortes ne pourraient user de cet article pour augmenter indéfiniment le champ réservé à la loi, sans violer « la structure et le concept de réserve de loi du droit espagnol en vigueur »¹⁹⁵.

Ainsi, même les auteurs qui admettent la possibilité des règlements autonomes se doivent de reconnaître la difficulté de délimiter un domaine étanche à toute pénétration législative¹⁹⁶, c'est-à-dire l'existence d'un espace véritablement réservé au règlement.

Partant de ces incertitudes, les opposants au règlement autonome développent des arguments complémentaires.

En premier lieu, la réserve de loi serait beaucoup plus large que la simple énumération de l'article 10, cumulée avec les possibilités d'extension précédemment analysées. Seraient inclus dans la réserve de loi tous les renvois à la loi auxquels procèdent les différentes lois fondamentales et en particulier le fameux « *Fuero de los espanoles* » de 1945¹⁹⁷. À la limite, « toute norme qui

194 M.-F. CLAVERO AREVALO, op. cit., p. 19.

195 A. GALLEGO ANABITARTE, op. cit., p. 87. Cet auteur souligne toutefois le caractère académique de cette limitation.

196 M.-F. CLAVERO AREVALO, op. cit., p. 32.

197 Par exemple, article 34 : « Las Cortes votaran las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero ».

impose des devoirs ou qui intervient sur les droits des citoyens doit être légitimée par une détermination législative »¹⁹⁸.

On en arrive alors à une conception ample de la réserve de loi, qui couvre pratiquement tout l'ordonnement juridique. Seul est exclu le secteur de l'organisation interne de l'administration. Dans la pensée des deux auteurs, cette priorité de la loi se justifie par le fait qu'elle représente la volonté de la société, tandis que la norme réglementaire ne traduit que la volonté de l'administration. L'objet des articles 10 et 12 est seulement de répartir la compétence législative entre les commissions et la formation plénière des *Cortes*.

Par la suite, la valeur simplement législative (et non constitutionnelle) de la LRJAE est mise en relief. Il s'agit de montrer que cette norme, et notamment son article 24, peut être abrogée ou modifiée à tout instant par une loi postérieure¹⁹⁹. Elle n'est donc pas prompte à établir une compétence de principe au profit du pouvoir réglementaire.

De plus, l'article 12 II paraît avoir des effets plus limités que ceux d'un véritable mécanisme séparateur entre loi et règlement. À ce titre, toute comparaison avec l'article 41 de la Constitution française est dénoncée²⁰⁰.

Enfin, la question de l'utilité du règlement autonome se pose. En effet, dans le cadre de l'ordonnement franquiste, le chef de l'État peut édicter lui-même des lois. Ces « lois de prérogative » se fondent sur l'article 17 de la loi du 30 janvier 1938²⁰¹ et sur l'article 7 de la loi du 8 août 1939 (ce dernier texte institue un pouvoir normatif d'urgence en prévoyant que les actes normatifs du chef de l'État, en forme de loi ou de décret pourront être édictés, en cas de nécessité, sans délibération préalable du Conseil des ministres). Dans ces conditions, il ne sert à rien de réserver un espace normatif propre à l'Exécutif, puisque celui-ci peut toujours générer des lois (et le fait que cette possibilité soit peu utilisée²⁰² ne modifie en rien l'existence théorique du pouvoir).

La situation de la loi et du règlement sous le régime autoritaire paraît ainsi très controversée. Il est vrai que les éléments politiques ne sont pas absents du débat. En particulier, il peut être tentant de comparer la situation espagnole à celle existant sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958. C'est ce qui sous-tend le raisonnement des auteurs en faveur de l'existence d'une réserve réglementaire. La volonté implicite existe de retrouver, avec certaines nuances, le mécanisme institué par les articles 34, 37 et 41 de la Constitution française. Cette « relecture gaulliste »²⁰³ des textes fondamentaux espagnols tend à légitimer, par la référence à un modèle incontestablement démocratique, le régime franquiste.

C'est dans ce contexte doctrinal que les constituants durent se prononcer sur la place de la réserve de loi au sein de la nouvelle Constitution et sur l'ampleur corrélatrice du pouvoir réglementaire.

198 E. GARCIA DE ENTERRIA et T.-R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1974, 2^e ed., p. 176.

199 S. MUNOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 163.

200 J. SALAS HERNANDEZ, « De nuevo sobre los reglamentos autonomos en derecho espanol », *RAP* 1977, n° 84, p. 652.

201 Cf. *supra*.

202 Cf. M.-F. CLAVERO AREVALO, *op. cit.*, p. 13.

203 Comme l'exprime E. GARCIA DE ENTERRIA, in *Curso...*, *op. cit.*, p. 240.

B. - La tentation de la réserve réglementaire

Le processus de transition démocratique, ouvert par la mort du général Franco, a pris fin le jour de la promulgation de la Constitution de 1978.

Cependant, l'élaboration de ce texte constitutionnel n'a pas été sans problèmes et ce dès l'origine. La première question qui s'est posée a été de déterminer l'organe compétent pour rédiger les articles de la nouvelle Constitution.

Alors que le Gouvernement était favorable à la rédaction d'un projet en son sein, par un groupe de spécialistes, les partis socialiste et communiste (rejoints ultérieurement par les démocrates de l'UCD) réclamèrent une élaboration parlementaire.

Ceci devait se traduire par la mise en place, le 1^{er} août 1977, d'une Commission constitutionnelle, issue du Congrès des députés. Sept membres furent désignés (représentant les principales tendances politiques), avec mission d'élaborer un avant-projet et un rapport l'accompagnant²⁰⁴.

Cette *Ponencia* devait naturellement s'intéresser à la définition des sources normatives dans la future Constitution. Concernant en particulier les relations entre la loi et le règlement, il fut d'abord projeté d'instituer une réserve réglementaire sur le modèle français. Mais l'opposition que rencontra cette volonté conduisit finalement à son retrait du texte définitif.

1. L'avant projet de Constitution

L'institution d'une réserve réglementaire est perceptible dès les premières esquisses constitutionnelles. En effet, le texte de travail originel sur lequel s'étaient accordés les membres de la *Ponencia* fut publié (alors que les débats étaient censés être confidentiels) par le journal « *El País* » et par les « *Cuadernos para el dialogo* » du 23 novembre 1977. L'influence de la Constitution du 4 octobre 1958 sur ce projet est certaine. En parallèle de l'article 34 français, l'article 73 énumère le domaine de la loi, tandis que le paragraphe 4 de l'article 79 énonce : « Relève du pouvoir réglementaire du Gouvernement la régulation des matières non réservées à la loi et non attribuées par cette Constitution aux régions autonomes ». Hormis la réserve relative aux entités autonomiques, il est clair que ce dernier article procède directement de l'alinéa 1 de l'article 37 de la Constitution de la V^e République.

L'avant-projet de Constitution²⁰⁵, publié le 5 janvier 1975, reprend le système antérieur, sans grandes modifications. C'est à l'article 72 que revient de définir les « matières relevant de la loi ». Leur liste est allongée par rapport à l'article 73 du texte préparatoire (sont incluses les règles relatives à la comptabilité et à l'administration. Est d'autre part affirmé que lorsque la Constitution opère un renvoi à la loi, ceci s'ajoute au domaine de la loi).

Il est traité du pouvoir réglementaire dans les articles 95²⁰⁶ et 79. Celui-ci introduit, en son alinéa 1, la réserve réglementaire en des termes similaires à son

204 Sur l'ensemble des étapes du processus de rédaction de la nouvelle Constitution, voir G. PECES BARBA, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988.

205 Texte publié in *Boletín Oficial de las Cortes*, n° 44.

206 « *El gobierno... ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes* ».

prédécesseur²⁰⁷, tandis que l'alinéa 2 institue une procédure, faisant intervenir le Tribunal constitutionnel, pour résoudre les conflits de délimitation entre le domaine de la loi et du règlement²⁰⁸.

De plus, il faut préciser qu'à l'instar du dernier alinéa de l'article 34, la détermination espagnole du domaine législatif n'est pas rigide. Fait, en effet, partie de celui-ci « toute matière décidée par la majorité absolue du Congrès », aux termes du paragraphe « o » de l'article 72. Le Parlement a donc la possibilité de « récupérer » des matières *a priori* réglementaires, dès lors qu'il le décide en statuant à la majorité absolue²⁰⁹. Enfin, le système prévoit un mécanisme de délégalisation. Celui-ci s'applique seulement aux lois préconstitutionnelles régissant des matières désormais soustraites, par la nouvelle Constitution, au domaine législatif. C'est ce qui explique qu'il soit édicté dans le cadre des dispositions transitoires. La différence avec la France est ici évidente, puisque notre article 37 alinéa 2 prévoit au contraire une possibilité de délégalisation permanente, seule la procédure variant en fonction du caractère pré ou post-constitutionnel de la loi. La seule possibilité, pour le Gouvernement, d'empêcher, après la promulgation de la Constitution l'intrusion d'une loi dans le champ qui lui est réservé, consiste à utiliser l'alinéa 2 de l'article 79.

Globalement, cette délégalisation repose sur l'élaboration, par le Gouvernement, après avis du Conseil d'État, d'une liste de lois intervenues sur le nouveau domaine du règlement. Par la suite, des décrets pourront modifier ces lois, deux mois après que le Congrès ait été consulté. Pendant ce délai, le Congrès pourra soit exercer un recours auprès du Tribunal constitutionnel pour contester le caractère réglementaire de la matière, soit s'approprier celle-ci en usant des facultés que lui confère le paragraphe « o » de l'article 72.

L'ensemble de ce dispositif a donc pour objet évident de séparer le domaine de la loi et du règlement par l'énumération des matières réservées à la loi et par l'attribution au règlement de la compétence résiduelle. Corrélativement, une procédure est instituée en vue de sanctionner les débordements de compétence, et en particulier l'empiétement de la loi sur le domaine réglementaire. L'exécutif voit ainsi sa compétence définie et protégée contre les intrusions de la loi. La capacité de l'acte législatif à délimiter son propre champ d'intervention est, de la sorte, sévèrement limitée par la réserve réglementaire ; à l'inverse, le Gouvernement possède au sein de celle-ci, un pouvoir de réglementation autonome, qui ne procède pas directement de la loi.

Reste que la création de cette « réserve réglementaire », analysée comme un espace normatif attribué au Gouvernement et dont l'intégrité est protégée, a des conséquences sur la réserve de loi. En effet, si celle-ci remplit toujours la fonction d'attribuer des matières à la loi, en les préservant de l'intervention directe de l'Exécutif, elle devient aussi dans les cas où elle se juxtapose avec une réserve réglementaire, une norme restrictive de la souveraineté de la loi, en tant qu'elle limite les matières que ce type d'acte peut appréhender. Ces considérations

207 « *Corresponde a la potestad reglamentaria del gobierno la regulacion de las materias no reservadas a la ley, sin perjuicio de lo previsto en el titulo VIII* » (ce titre de la Constitution était relatif aux « autonomies »).

208 « *En caso de duda sobre el caracter legislativo o reglamentario de una norma, y previo dictamen de la comision de competencia legislativa del Congreso y del Consejo de Estado, resolvera el Tribunal constitucional* ».

209 Arguant de cette possibilité, le professeur GALLEGO ANABITARTE rejette le qualificatif de réserve réglementaire, pour lui préférer celui de « compétence législative limitée, potentiellement amplifiable » (*Derecho administrativo : Programa y guia para su estudio*, Comercial Malvar, Madrid, 1980, t. 1, p. 63).

expliquent le qualificatif de « réserve négative de loi » parfois employé pour désigner ce concept²¹⁰. Alors que la « réserve positive » de loi gèle une compétence, sans préjuger de son dépassement, la « réserve négative » a pour effet de délimiter, et de borner cette compétence.

Mais l'instauration de cette réserve fut l'un des points les plus controversés²¹¹, ce qui devait aboutir à sa suppression.

2. L'abandon du projet

L'avant projet de Constitution fut publié en compagnie des votes particuliers, exprimant le désaccord des différents rapporteurs sur des points précis. Il en ressort que tant le rapporteur communiste que le rapporteur socialiste prônèrent la suppression des articles 72 et 79. À ces votes particuliers devaient s'ajouter les amendements n° 524, émanant du groupe parlementaire mixte et n° 410, du groupe socialiste. Ce dernier prévoyait en particulier, une fois éliminée la réserve légale de l'article 72, le remplacement des deux alinéas de l'article 79 par l'énoncé suivant : « Le Gouvernement exerce le pouvoir réglementaire pour l'exécution des lois et en matière d'organisation administrative ». C'est donc un pouvoir réglementaire strictement encadré par les lois que souhaitent les partis de gauche, exception faite des règlements *ad intra*, qui possèdent de toute façon un champ d'intervention et des effets juridiques limités, à l'intérieur de la sphère administrative. Ils ne veulent en aucun cas d'un espace normatif réservé au pouvoir réglementaire.

Lors de la seconde intervention de la *Ponencia*, relative à l'examen des amendements et des votes particuliers, les articles 72 et 79 furent supprimés, malgré l'hostilité de la droite²¹² et la volonté des démocrates²¹³ de maintenir un mécanisme de réserve réglementaire²¹⁴.

D'après le recteur Peces-Barba, « ce fut là un succès parlementaire et démocratique »²¹⁵. Cette réflexion est caractéristique d'une des explications qui présidèrent à la suppression de la réserve réglementaire.

Elle se justifie par le fait que « dans un État de partis l'exécutif est prépondérant par rapport au Législatif »²¹⁶. Ceci fait référence à la solidarité existant dans un régime parlementaire, entre le Gouvernement et la majorité parlementaire dont il est l'émanation. Le parti majoritaire et le Gouvernement forment un bloc dont la cohésion est assurée par les règles du parlementarisme rationalisé. L'Exécutif possède donc les capacités de restreindre les interventions de l'organe législatif, afin de préserver son propre espace normatif. Aucune

210 Par exemple, dans le rapport de la *Ponencia* sur l'avant-projet de Constitution, publié in *Boletín oficial de las Cortes* du 17 avril 1978, n° 82 ; on notera que dans leur ouvrage *Constituciones extranjeras contemporaneas* (Tecnos, Madrid, 1991), J.-L. CASCAJO et M. GARCIA ALVAREZ parlent, à propos de notre Constitution, de la « llamada "reserva negativa de ley" », prevista en el artículo 34 » (p. 220).

211 Voir notamment l'article de J.-L. CARRO, « El poder normativo del gobierno en el borrador constitucional », journal *El país* du 8 décembre 1977, et la contribution du professeur GARRIDO FALLA, « Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución », in *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1978, p. 44.

212 Représentée par l'*Alianza popular*.

213 *Union del centro democratico*.

214 Voir le rapport de la *Ponencia*, publié in *Boletín oficial de las Cortes* du 17 avril 1978, p. 1564 et s., et in *Constitucion Espanola. Trabajos parlamentarios*, éd. des Cortes generales, Madrid, 1980, t. 1, p. 543.

215 *La elaboracion de la Constitucion de 1978*, op. cit., p. 70.

216 G. PECES BARBA, op. cit., p. 69.

concurrence n'a lieu d'exister entre la majorité parlementaire (dont procèdent les lois) et le Gouvernement quant à la réglementation d'une matière, considérant que tous les deux sont globalement affiliés à la même tendance politique. Ainsi, il ne serait pas nécessaire d'inscrire dans la Constitution une délimitation apte à diminuer la souveraineté de la loi quant à sa propre compétence, eu égard à la réalité politique du système. Ce d'autant plus que la Constitution prévoit la possibilité d'une législation gouvernementale dérivative de la loi, par le biais des *decretos-leyes* et des *decretos legislativos*.

La limitation des pouvoirs de l'organe directement représentatif et l'octroi corrélatif de capacités normatives accrues à l'Exécutif est envisagée comme une curieuse réminiscence du franquisme. Effectivement, celui-ci se caractérisait par la prévalence du *Caudillo* sur des assemblées soumises. Toute entrave, fût-elle constitutionnelle, au pouvoir des représentants immédiatement issus du suffrage universel est perçue comme un obstacle à la plénitude démocratique.

Repoussant à l'avance l'argument fondé sur l'existence d'un modèle dont le fonctionnement depuis une vingtaine d'années justifie de ses vertus démocratiques, plusieurs auteurs se sont attachés à faire ressortir les différences institutionnelles entre la France et l'Espagne. Et ce, afin de montrer l'impossibilité de transposer en Espagne la réserve réglementaire²¹⁷.

En premier lieu, il est souligné que le Roi n'est pas l'élu du suffrage universel, pour un laps de temps limité, à l'inverse du Président de la République²¹⁸. Mais l'argument est artificiel dans la mesure où le pouvoir réglementaire est attribué au Gouvernement en Espagne²¹⁹ et en France, à titre principal²²⁰. Cependant, il n'a pas nécessairement été dépourvu d'influence, dans la mesure où sa discussion aurait pu entraîner une remise en cause du compromis sur la forme monarchique du nouveau régime.

En second lieu, l'accent est mis sur le caractère unitaire de la France, opposé à l'ample décentralisation espagnole. Ainsi, le mécanisme de réserve réglementaire serait incompatible avec l'État autonome²²¹, comme le montrerait, *a contrario*, l'expérience italienne. En réalité, il s'agit là d'un élément plus factuel que juridique. En effet, on a vu que la dévolution du pouvoir réglementaire dans les matières autres que celles de la loi se fait sous réserve des matières relevant des collectivités décentralisées²²². La réserve réglementaire ne joue qu'à propos des matières relevant de la compétence étatique. Ainsi, la structure territoriale de l'État constitue seulement une limite à la réserve réglementaire, mais n'interdit nullement sa présence au sein du texte constitutionnel²²³. D'ailleurs, il est significatif que le représentant des nationalistes catalans au sein de la *Ponencia* se soit contenté de présenter des amendements pour améliorer la précision du domaine réservé à la loi,

217 Notamment J.-L. CARRO, *op. cit.*

218 Cf. J. SALAS HERNANDEZ, « De nuevo sobre los reglamentos autonomos en derecho espanol », *RAP* 1970, n° 84, p. 658.

219 Art. 97 de la Constitution espagnole. Le Roi n'intervient que pour signer les décrets en Conseil des ministres.

220 Art. 21 de la Constitution française. Avec toutefois, l'importante réserve de l'article 13.

221 G. PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 69 ; J.-L. DE ESTEBAN et L. LOPEZ GUERRA, *op. cit.*, p. 48.

222 Article 79 du projet préliminaire et de l'avant-projet.

223 En ce sens, F. DIEZ MORENO, « La reserva reglamentaria y la Constitución española », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, vol. 1, p. 620.

relativement à certaines matières, sans demander la suppression pure et simple du mécanisme²²⁴.

La véritable raison de la suppression réside dans un motif d'opportunité. Le constituant espagnol marque sa volonté de ne pas créer une source de difficultés qui viendrait ajouter à l'incertitude relative à la délimitation des compétences entre l'État et ce qui devait devenir les Communautés autonomes²²⁵. En supprimant la réserve réglementaire, on efface du même coup les conflits de compétence entre le législatif et l'Exécutif, dont la complexité ne pourrait qu'être accrue par la présence des entités autonomiques. On évite ainsi des tensions potentielles entre organes constitutionnels. L'ensemble de ces motifs devait conduire la *Ponencia* à revenir sur sa position initiale, ce qui, à l'occasion, témoigne de la volonté de recherche du compromis qui inspire l'élaboration du texte constitutionnel espagnol.

Le refus de la réserve réglementaire ne présente pas seulement un intérêt purement historique. Il suffit à légitimer l'affirmation du Tribunal constitutionnel selon laquelle il n'existe pas une quelconque réserve de ce genre au sein de l'ordonnement espagnol²²⁶.

De plus, le rejet, par le constituant, de la réserve réglementaire permet de résoudre, à la base, la question des règlements autonomes en droit espagnol. Cette catégorie ne peut être identifiée dans la mesure où aucun espace normatif n'est constitutionnellement attribué à l'Exécutif. Ce faisant, le problème n'est que reporté sur la question des « *reglamentos independientes* », que la réserve réglementaire laisse intacte.

§ 2 - LA CONSÉCRATION D'UNE « RESERVA DE LEY » PAR LA CONSTITUTION DE 1978

La Constitution du 29 décembre 1978 procède, tout au long de ses 169 articles, à des renvois à l'acte législatif, après avoir énoncé, en son article 66 que « les *Cortes Generales* exercent la puissance législative de l'État ». Au total, il a été recensé pas moins de 108 cas où il est fait appel à la loi²²⁷. Certes, ceux-ci sont rédigés de façon parfois très différente²²⁸, et certains font référence à la loi ordinaire, tandis que d'autres impliquent la loi organique²²⁹.

224 Amendements n° 151 et 152 ; publiés in *Constitucion española. Trabajos parlamentarios*, *op. cit.*, p. 211.

225 Ces craintes s'enracinaient dans l'aspect novateur que représentait l'importance de la décentralisation opérée par la nouvelle Constitution (création d'un État régionalisé).

226 Jurisprudence constante (Cf. *infra*).

227 A. SERRANO, « El principio de legalidad ; algunos aspectos problematicos », *REDA* 1979, n° 20, p. 85 et s. Cet auteur procède d'ailleurs à un classement de ces renvois en fonction du secteur sur lequel ils portent. Pour une autre énumération, voir J.-L. VILLAR EZCURRA, « Materias reservadas y Constitución española », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, 1979, vol. 3, p. 2077.

228 Ce qui constitue, comme on l'a vu, un fondement éventuel à une différenciation de l'intensité de la réserve de loi (cf. l'opposition entre réserve relative et réserve absolue).

229 L'article 81 de la Constitution instituant et définissant, à l'instar de la Constitution française, cette catégorie de loi.

Reste à savoir si tous ces renvois à la loi constituent des réserves de loi. C'est à cette interrogation, partie intégrante de la définition des limites de la réserve de loi, que l'on s'efforcera de répondre.

Quoi qu'il en soit, on peut déjà remarquer une nette différence avec la Constitution française. Cette dernière concentre l'énumération des matières réservées à la loi dans l'article 34, tandis que dans la Constitution espagnole, celles-ci sont disséminées au fil du texte²³⁰. Les réserves de lois constituent un élément éparé au sein des autres dispositions constitutionnelles.

Cependant, au-delà de cet éparpillement, une réserve de loi particulière semble occuper une place prépondérante par rapport aux autres réserves. L'article 53.1 dispose en effet que « seule une loi ... pourra réglementer l'exercice de ces droits et libertés ». Incontestablement, cet article institue une réserve de loi en rapport avec les droits fondamentaux. Mais cette réserve, n'englobe-t-elle pas les autres réserves de lois spécifiques ? Autrement dit, n'existe-t-il pas une réserve de loi implicite, sous-jacente à toutes les autres réserves de loi ?

De la même façon, l'absence de délimitation du domaine réglementaire n'est-elle pas compensée par une délimitation fonctionnelle des compétences ?

C'est l'ensemble de ces points qu'il nous faut maintenant reprendre.

A. - La structure de la réserve de loi

1. Pluralité ou unicité de la réserve ?

La première question à se poser est de savoir si la Constitution a véritablement consacré une réserve de loi. Certains auteurs n'ont pas hésité à le contester. Au premier rang de ceux-ci, se trouve le professeur Garrorena Morales. Dans son ouvrage de référence²³¹, celui-ci décrit la place réservée à la loi par la nouvelle Constitution espagnole. Il s'en dégage que si la Constitution prévoit une multitude de normes imposant le recours à la loi, il ne s'agit pas là de réserves de loi, mais de la simple application du principe général de légalité.

En effet, revenant à la définition originale de la réserve de loi, A. Garrorena Morales considère que cette institution a avant tout pour objet d'identifier un certain nombre de matières, soustraites à la régulation initiale de l'Exécutif. Hors de cet espace non réservé, ce dernier peut par contre intervenir librement. Ainsi, la réserve de loi institue simplement une frontière entre les pouvoirs normatifs du législateur et du Gouvernement²³². Il en résulte que seules les matières réservées doivent faire l'objet d'une régulation législative initiale, les autres étant « ouvertes » à l'Exécutif. Or, il est possible de déduire du texte de la Constitution que celle-ci n'a pas entendu opérer une délimitation matérielle entre le domaine de la loi et du règlement²³³ ; en témoigne l'abandon du projet de réserve réglementaire. Au contraire, par l'article 103.1 (prévoyant que l'administration agit dans « l'entière soumission à la loi et au droit »), la Constitution aurait consacré le principe de légalité, dans sa composante la plus

230 Il est vrai que ce propos doit être nuancé, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il existait d'autres sources de la compétence législative dans le bloc de constitutionnalité, hormis l'article 34. Il n'en demeure pas moins que celui-ci constitue le centre de gravité des réserves de loi en France (cf. *infra*, 2^e partie), en raison de l'importance quantitative et qualitative de ses dispositions.

231 *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1980.

232 *Op. cit.*, p. 54.

233 *Ibid.*, p. 84.

stricte : la soumission positive du pouvoir exécutif à la loi. Il s'ensuit que, dans l'ordonnement édifié par la Constitution de 1978, la loi est l'unique norme originaire, « en tant que base légale préalable chargée de prendre les décisions primaires »²³⁴. L'intervention du règlement est nécessairement conditionnée par l'existence d'une loi préalable. Cette prééminence accordée à la loi est d'ailleurs conforme au type parlementaire du régime instauré par la loi fondamentale espagnole²³⁵ : seule la loi est source légitime des décisions fondamentales.

En conséquence, l'auteur reprend à son compte l'affirmation du professeur Foix, pour qui, en régime de démocratie parlementaire, le principe de légalité absorbe la réserve²³⁶. Il n'existe pas, dans ce cadre, une authentique réserve de loi. La loi étant consacrée, du fait de principe de légalité, comme norme préalable à toute intervention réglementaire, il ne peut exister de répartition matérielle entre la loi et le règlement. Dans ces conditions, la réserve de loi apparaît comme une institution inutile et impropre, considérant que dans la définition qui en est retenue, celle-ci se présente comme l'élément séparateur des compétences normatives²³⁷. Or, cette séparation n'existant pas, du fait de la primauté accordée à la loi en toute matière, il n'y a pas lieu de faire référence au concept de réserve de loi, mais il faut considérer que le principe de légalité produit ses pleins effets juridiques. C'est parce que toute matière est d'abord réservée à la loi qu'il n'existe pas de véritable réserve de loi, portant sur tous les secteurs normatifs.

Mais, poursuit le professeur Garrorena Morales, il s'agit là d'un concept qui porte en lui une contradiction : l'idée de réserve implique, comme il a été dit, une limitation de l'espace attribué au législateur ; elle s'accommode donc mal de l'extension indéfinie que suggère le qualificatif de total. Mieux vaut conserver à la réserve de loi son intégrité, et utiliser le principe de légalité (entendu au sens de conformité et non de simple compatibilité) pour qualifier la situation juridique de subordination dans laquelle la Constitution place le pouvoir réglementaire. Au terme de cette explication, ce serait ce seul principe qui déterminerait l'espace ouvert à la loi dans l'ordonnement espagnol.

Cette doctrine n'est pas exempte de critiques. En particulier, il faut constater qu'elle se base sur la conception initiale de la réserve de loi, telle qu'elle fut élaborée sous les auspices du conflit constitutionnel prussien²³⁸. Effectivement, on a vu que cette institution se définit aujourd'hui comme une compétence minimum obligatoire du législateur et qu'elle se distingue en ce sens du principe de légalité, même entendu dans le sens d'une exigence de conformité. Il ne s'agit plus de cantonner le législateur dans certaines matières, pour le plus grand profit de l'Exécutif, auquel sont reversées les autres matières, mais d'imposer au Parlement l'exercice d'une compétence législative irréductible. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence constitutionnelle a interprété de nombreux renvois à la loi²³⁹. D'autre part, cette même jurisprudence utilise le vocable de réserve de loi. Débarrassée de la tare initiale constituée par les circonstances historiques de

234 *Ibid.*, p. 58.

235 *Ibid.*, p. 72.

236 Dans le même sens voir, M. BASSOLS COMA, « Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la administración en la Constitución », *RAP* 1978, n° 87, p. 123. L'auteur fait d'ailleurs remarquer que la Constitution n'utilise aucunement le terme de « réserve », ni ne concentre ces réserves dans un article unique, mais au contraire les disperse au sein du texte constitutionnel.

237 Ce concept de réserve générale est développé par une certaine partie de la doctrine, comme nous pourrions le voir dans la suite de cet exposé.

238 Cf. *supra*.

239 Cf. la jurisprudence exposée *infra*.

son élaboration, la réserve de loi apparaît aujourd'hui comme une institution protectrice de la compétence législative. Elle permet de déterminer l'intensité de la régulation législative, cantonnant, dans les secteurs qu'elle couvre, l'intervention des actes réglementaires à un rôle purement exécutif. C'est désormais cet aspect que retient le droit positif, qui consacre incontestablement l'existence d'une réserve de loi au sein du cadre créé par la Constitution de 1978.

Mais, comme cela ressortait déjà de l'analyse opérée par le professeur Garrorena Morales, la principale difficulté, relativement à cette réserve de loi, réside dans la détermination de ses limites.

Une partie de la doctrine considère que la réserve de loi est une notion dont le champ d'application est très vaste. À la suite des thèses développées en Allemagne, elle se prononce en faveur de la « réserve totale ». Concrètement, l'intérêt de ce concept est de permettre de dépasser les réserves spécifiques énumérées dans la Constitution, pour considérer que celles-ci ne sont que l'expression d'une formule plus générale, implicite à l'ensemble de la Constitution. La réserve de loi serait une des institutions (à l'instar de la séparation des pouvoirs) sur laquelle reposerait l'ordonnement juridique. Ainsi, cette théorie relativise l'importance des déterminations précises, à travers le texte constitutionnel, de réserve dans certaines matières : même lorsque celui-ci ne prévoit pas que la matière devra être régulée par voie législative, cette obligation est sous-jacente, en tant qu'expression de la réserve générale de loi. Le silence de la Constitution quant au rôle de la loi pour la réglementation d'une certaine matière ne permet pas de considérer qu'il n'existe pas de réserve de loi sur celle-ci. Il traduit simplement la référence implicite à l'obligation générale de respecter la réserve de loi. Cette dernière devient alors une institution abstraite, détachée des matières dans laquelle la Constitution la prévoit expressément.

Le professeur Diez Picazo a proposé de reconnaître que c'est une réserve de ce type qu'a imposé la Constitution de 1978. D'après cet auteur, il existerait, en parallèle des réserves matérielles, une « réserve de Parlement » qui justifierait l'attribution au législateur de la régulation des décisions les plus importantes pour la communauté qu'il représente. En effet, la Constitution a assigné à ce seul organe la mission de définir l'intérêt général. Ceci se justifie dans la mesure où « la démocratie de l'État dans une monarchie parlementaire implique que le noyau fondamental de décision politique et de réglementation de la communauté ne peut émaner que du Parlement »²⁴⁰. Ainsi, même dans les secteurs où il n'est pas expressément prévu le recours à la loi, celui-ci est néanmoins obligatoire dès lors que la loi a pour mission « de statuer sur les questions qui concernent véritablement tous les citoyens en déterminant le contenu de l'intérêt général (national ou régional) dans chaque secteur précis »²⁴¹.

Le Parlement ne peut se voir soustraire la faculté d'exercer la direction politique de la communauté, étant donné que lui seul jouit d'une légitimité démocratique directe. On voit à quel point cette doctrine rejoint la théorie allemande dite de l'essentiel²⁴² : Toutes les décisions qui ont, de par leur importance, un certain impact sur les citoyens, doivent être édictées par les représentants de ces citoyens, c'est-à-dire par le Parlement. En conséquence, dans chaque matière, la décision originelle appartient au législateur, le pouvoir réglementaire ne pouvant qu'édicter les normes secondaires de développement.

240 « Concepto de ley y tipos de leyes », *REDC* 1988, n° 24, p. 88.

241 *Ibid.*, p. 89.

242 *Wesentlichkeitstheorie*.

Toutefois, cette théorie ne peut se confondre avec celle (précédemment exposée) de Garrorena Morales. En effet, si toutes deux postulent que la loi se voit réserver la régulation initiale dans tous les secteurs normatifs, la création d'une réserve de Parlement oblige le législateur à exercer ses compétences effectivement, tandis que le principe de légalité implique seulement qu'on puisse déterminer une base légale à l'acte réglementaire. Autrement dit, dans ce dernier cas, le législateur peut se dessaisir immédiatement de la matière dont il s'est emparé, tandis que la réserve de loi suppose un contenu minimum pour la loi.

Avant même l'analyse de M. L. Diez Picazo, le professeur Garcia de Enterría s'était déjà engagé dans la voie de la reconnaissance d'une réserve totale de loi. Se fondant sur l'article 53, cet auteur considère que la Constitution a consacré par ce biais la classique réserve en matière de liberté et propriété²⁴³. Il prétend ainsi résumer, de façon systématique, l'ensemble des réserves de loi existant dans le texte constitutionnel. À partir de là, la conclusion est que « dans l'État moderne, la création de droit objectif pour les citoyens ne peut être indépendante de la loi »²⁴⁴, et en conséquence, « les droits et devoirs des citoyens ne peuvent être valablement établis par de simples règlements en marge de la loi »²⁴⁵. Une loi est donc toujours nécessaire pour imposer des charges ou des obligations au citoyen : tout acte intervenant dans la sphère de la liberté de l'individu doit avoir une base législative. Il existe une réserve de loi qui conditionne toute modification de la situation juridique des citoyens. Le professeur J.-A. Santamaria Pastor confirme cette idée. D'après lui, il est possible de configurer « une réserve générale de loi par rapport à tous les actes des pouvoirs publics qui restreignent la sphère juridico-personnelle des citoyens »²⁴⁶. C'est dire que seules les normes n'ayant pas d'incidence directe sur les individus ne sont pas couvertes par cette réserve générale de loi : il s'agit des actes juridiques à effet interne à l'administration²⁴⁷.

Mais là encore, cette conception de la réserve totale de loi a été critiquée. Le principal argument réside dans l'absence de consécration explicite et claire de cette supposée réserve, comparée à la précision des renvois dans certaines matières. Ainsi, I. de Otto, après avoir constaté l'existence « d'un système étendu et complexe de réserves spécifiques », considère que « si la Constitution contient un tel système, il paraît difficile d'admettre qu'il y aurait, de surcroît, une réserve générale non formulée explicitement »²⁴⁸. Si les constituants avaient voulu consacrer une telle réserve, ils auraient d'autant plus eu tendance à le faire expressément qu'ils n'ont pas hésité à prévoir de telles réserves dans un grand nombre de cas particuliers.

Consécutivement à l'absence de fondement textuel, il paraît difficile de déterminer un critère permettant de délimiter la « réserve de Parlement » chère à Diez Picazo. Quelles sont les décisions essentielles qui doivent impérativement être édictées par voie législative ? Vu l'absence de précisions constitutionnelles, on comprend combien peut être élastique cette notion.

De la même façon, la réserve instituée par l'article 53 ne concerne que les droits et libertés prévus au chapitre 2 de la Constitution, comme cela résulte de

243 *Curso de derecho administrativo*, op. cit., t. 1, p. 248.

244 *Ibid.*, p. 249.

245 *Ibid.*

246 *Fundamentos de derecho administrativo*, éd. CEURA, Madrid, 1988, t. 1, p. 781.

247 On verra que c'est justement sur cette conception large de la réserve que se base E. GARCIA DE ENTERRÍA pour refuser les règlements indépendants *ad extra*. Cf. *infra*.

248 *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel derecho, Barcelone, 1988, p. 156.

sa seule lecture. Même si ceux-ci sont très importants, ils ne recouvrent pas la totalité de la situation juridique du citoyen. Dédire de cet article une réserve légale pour tout ce qui concerne la liberté et la propriété, « impliquerait de forcer les termes du texte constitutionnel, bien au-delà de leur signification »²⁴⁹. Quoi qu'il en soit, le Tribunal constitutionnel a eu l'occasion de distinguer nettement les diverses réserves de loi de celle prévue à l'article 53. Dans la décision 83/84, du 24 juillet 1984²⁵⁰, loin de rattacher l'une à l'autre, il considère que la réserve spécifique instituée à l'article 36 (Aux termes duquel, « la loi déterminera les particularités propres aux ordres professionnels et à l'exercice des professions contrôlées ») « est bien distincte de la réserve générale relative aux droits et libertés contenue à l'article 53.1 de la CE »²⁵¹. Ainsi, les réserves spécifiques ne sont pas incluses dans la réserve de l'article 53.

Ceci est d'autant plus flagrant que le Tribunal constitutionnel a décidé en ce sens à propos d'une réserve de loi spécifique pourtant contenue dans un article faisant partie du chapitre second du titre 1 de la Constitution, sur lequel porte précisément et exclusivement l'article 53. Il faut donc distinguer entre la réserve de loi en matière de droits fondamentaux et les autres réserves de loi, spécifiques à des matières déterminées. Cette nécessité n'est pas sans conséquence sur les pouvoirs du législateur. En effet, la réserve de l'article 53 peut sans doute être qualifiée de réserve renforcée²⁵², dans la mesure où elle prescrit que la loi dont elle prévoit l'intervention, devra respecter le contenu essentiel des droits et libertés en question. Si la réserve spécifique n'établit rien quant à l'exercice par le législateur de la compétence attribuée, celui-ci disposera d'un pouvoir discrétionnaire plus important.

Enfin, dans ce même arrêt, le Tribunal constitutionnel conteste plus généralement l'existence d'une réserve générale. Après avoir établi que la régulation de différentes professions, corporations ou métiers ne portait pas atteinte au libre choix, par les citoyens, de leur profession ou de leur emploi (droit que consacre l'article 35 de la Constitution), la juridiction constitutionnelle énonce que la réserve de loi de l'article 53 n'est pas applicable. En conséquence, cette régulation, bien qu'attentatoire au principe général de liberté (instauré par l'article 1.1 de la Constitution), pourra ou non être le fait de normes réglementaires selon qu'il existe une réserve spécifique de loi. En l'espèce, s'agissant de la réglementation de la profession de pharmacien, celle-ci faisant partie des professions « contrôlées », la réserve spécifique de l'article 36 est applicable.

Ainsi, le droit positif semble bien consacrer la thèse de la multiplicité et de la spécificité des réserves de loi : celles-ci sont propres à la matière pour laquelle elles sont prévues ; et il n'existe pas de critérium général permettant de synthétiser l'ensemble de ces réserves. Cette donnée laisse intacte l'interrogation sur la possibilité d'intervention spontanée du pouvoir réglementaire dans les espaces laissés vacants par l'absence de réserve générale. Il est vrai que de toute façon, ceux-ci ont d'autant moins de chances d'être nombreux que sont

importantes les réserves de loi spécifiques. Mais il s'agit déjà de l'identification des réserves de loi.

2. L'identification d'une réserve de loi

La question est de savoir si l'intégralité des renvois constitutionnels à la loi peuvent s'analyser en une authentique réserve de loi. Plus précisément, tous ces renvois impliquent-ils un certain substrat de compétence, ou quelques-uns ne se limitent-ils pas à exiger une simple détermination législative préalable ? Dans ce dernier cas, l'obligation constitutionnelle serait atténuée par rapport à celle résultant d'une réserve de loi : il ne s'agirait plus de garantir la régulation d'un secteur par un acte législatif, mais d'assurer que l'intervention initiale sur une matière sera le fait du législateur, et ce sans préjuger de l'amplitude de cette intervention. L'objectif est d'interdire la régulation spontanée de l'Exécutif, mais une fois la loi édictée, celui-là ne voit pas son champ de compétence borné au seul développement des prescriptions législatives, contrairement à ce qui se passe pour la réserve. En effet, dans ce cas, la Constitution postule seulement l'intervention primaire de la loi, mais, en ne lui assignant pas un espace de compétence minimum, elle l'autorise à délimiter sans contraintes la compétence réglementaire. À l'instar de ce qui se passe hors de la réserve de loi²⁵³, si la Constitution procède à un simple renvoi législatif pour une matière déterminée, le législateur est alors maître de la répartition des compétences entre la loi et le règlement sur cette matière. On comprend ainsi l'enjeu qu'il y a à distinguer entre les éventuels renvois à la loi et les véritables réserves de loi : selon qu'il s'agisse de l'une ou l'autre catégorie, il existe ou non une densité législative obligatoire et, corrélativement la loi peut ou non renoncer à l'exercice de sa compétence, au profit du pouvoir normatif gouvernemental.

Dans l'ordonnancement espagnol, l'interprétation de l'article 103.2 de la Constitution a été l'occasion de s'interroger sur ce problème. Aux termes de celui-ci, « les organes de l'administration de l'État sont créés, régis et coordonnés en accord avec la loi ». Pour autant, compte tenu de sa rédaction et des larges pouvoirs traditionnellement reconnus à l'administration pour s'auto-organiser, peut-on considérer que cet article consacre une réserve de loi en matière d'organisation administrative ? L'ensemble de la doctrine s'accorde en tout cas pour considérer qu'une intervention législative est nécessaire²⁵⁴, et que le principal effet de l'article 103.2 est de proscrire l'utilisation de règlement *praeter legem*, sur le secteur de l'organisation administrative. Reste à savoir si cette disposition n'attribue pas aussi au législateur une compétence minimum irréductible en la matière.

Dans la décision 60/86 du 20 mai 1986²⁵⁵, le Tribunal constitutionnel qualifie de réserve relative, l'article 103.2²⁵⁶. La cause serait entendue si cette juridiction n'en avait profité pour valider la délégalisation opérée par l'article 7 du décret-loi déferé. Celui-ci autorise l'utilisation de la voie réglementaire pour les

253 Du fait de l'absence de réserve réglementaire. Cf. *infra*.

254 Cf. J. BARCELONA LLOP, « Principio de legalidad y organizacion administrativa (Gobierno, administracion, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitucion) », in *Estudios sobre la Constitucion espanola : Homenaje al profesor Garcia de Enterrria*, éd. Civitas, Madrid, 1991, t. 3, p. 2423 et 2424..

255 JC, t. 15, p. 70.

256 Fondement juridique 2 : « la formula contenida en dicho precepto ("de acuerdo con la ley") que no es otro que la de la llamada reserva relativa de Ley » ; « la reserva relativa de Ley que se contiene en la formula del art. 103.2 ».

249 M. REBOLLO PUIG, « Juricidad, legalidad y reserva de ley como limites a la potestad reglamentaria del gobierno », RAP 1991, n° 125, p. 92.

250 JC, t. 9, p. 355.

251 Fondement juridique 3.

252 Cf. *supra*.

opérations de création, de suppression, de modification ou de réorganisation de certains organes subalternes des départements ministériels.

D'après le professeur Barcelona Llop, « à travers cette dernière argumentation transparait l'idée à moitié confessée que, effectivement, il n'existe pas de réserve de loi à l'article 103.2 »²⁵⁷. En effet, il semble contradictoire de proclamer d'un côté l'existence d'une réserve de loi et d'admettre de l'autre la possibilité d'une délégalisation. Celle-ci permettant d'ouvrir au pouvoir réglementaire la régulation de tout ou partie de la matière, elle paraît incompatible avec l'attribution au législateur d'une compétence indéfectible : soit la réserve de loi existe dans ce secteur, et alors le législateur ne peut disposer de sa compétence en délégalisant ; soit il n'est pas possible d'opérer un rattachement à une quelconque réserve et le législateur peut renoncer à une compétence qu'il s'était octroyée implicitement en légiférant sur ce secteur, considérant que la Constitution n'a pas établi là l'obligation d'une certaine régulation. Ainsi, le Tribunal proclame la présence d'une réserve de loi, tout en refusant d'en tirer les conséquences en censurant l'abandon de compétence réalisé par la délégalisation. Et le caractère relatif de la réserve proclamée ne remet pas en cause la validité de ce raisonnement : ce type de réserve autorise certes des renvois au pouvoir réglementaire, mais sous la condition que ceux-ci soient strictement encadrés par les dispositions législatives, afin que les actes réglementaires soient des actes d'application de celles-ci. Dans le cadre de la délégalisation, un secteur entier est ouvert à l'Exécutif, sans que les facultés accordées soient prédéterminées. L'exemple du décret-loi déferé est caractéristique : le Gouvernement se voit reconnaître la possibilité de modifier des structures administratives, sans que la loi ne détermine les finalités et les conditions d'exercice de ce pouvoir. Même dans l'hypothèse où elle est seulement relative, la réserve de loi est incompatible avec la délégalisation²⁵⁸.

Tenant compte de cet antagonisme, le professeur Barcelona Llop réduit la décision du Tribunal constitutionnel à la consécration de la nécessité d'une loi préalable, considérant comme impropre l'usage du terme de réserve de loi²⁵⁹. D'après lui, en admettant la délégalisation, la juridiction constitutionnelle aurait admis que l'article 103.2 s'analyse en une simple invitation constitutionnelle à la loi, satisfaite par la présence d'une loi et qui ne préjuge en aucun cas du degré de régulation de la matière par le législateur. Celui-ci dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour définir ce mode de régulation : soit qu'il pose lui-même les règles, soit qu'il renvoie librement au règlement. C'est parce que la Constitution n'impose aucun contenu minimum à la loi que la délégalisation est rendue possible.

Selon cette thèse, l'article 103.2 obligerait seulement une quelconque loi préalable à toute intervention réglementaire. Il suffit que le législateur se soit saisi initialement d'un aspect de l'organisation administrative, quitte à le renvoyer au pouvoir réglementaire, pour que l'Exécutif puisse édicter des règlements. De cette façon, les règlements sont bien « en accord avec la loi », comme le postule

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 2428.

²⁵⁸ Apparaît d'autant plus ambiguë la position de M. BASSOLS COMA qui, tout en considérant que « aquellos aspectos que afectan a la potestas instituendi entran de lleno en la reserva absoluta de Ley », admet « que cabe admitir en determinados niveles una deslegalización de materias a efectos operativos (por ejemplo, los escalones inferiores de los Departamentos ministeriales) » (« Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución », in *la Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, 1979, vol. 1, p. 331).

²⁵⁹ *Op. cit.*, p. 2426 et s.

le texte de cet article. On retrouve alors l'exigence classique du principe de légalité, entendu comme nécessité d'une loi préalable à l'intervention réglementaire. Au total, si l'on suit les conclusions de cet auteur, il existerait dans la Constitution trois types de situation quant à la loi : en premier lieu, le texte constitutionnel peut prévoir une réserve de loi. Et alors, il attribue un certain domaine matériel au législateur ; en second lieu, il peut prévoir un simple renvoi à la loi, et alors celle-ci se voit réserver l'intervention initiale sur la matière, mais sans que soit imposée au législateur une régulation minimum. Enfin, la Constitution peut ne pas relier un secteur à la loi, et alors l'intervention réglementaire *praeter legem* est possible, sauf l'existence d'une loi régulant déjà la matière considérée²⁶⁰.

Selon le professeur Barcelona Llop²⁶¹, l'article 103.2 devrait être classé dans la deuxième catégorie, malgré la référence de la décision à la réserve de loi.

Reste qu'on peut se demander sur quelle base peut être opérée la distinction entre renvoi à la loi et véritable réserve de loi. En effet, le fondement terminologique est insuffisant, puisque le Tribunal constitutionnel a interprété d'autres articles comportant l'expression « *de acuerdo con la ley* » comme proscrivant au législateur de renvoyer trop largement au pouvoir réglementaire²⁶². D'autre part, si on lit attentivement la décision, on s'aperçoit que le Tribunal n'a pas censuré la délégalisation résultant de l'article 7 du décret-loi du 7 décembre 1982 et concernant les organes subalternes des départements ministériels « car la Constitution n'a pas réservé expressément et directement à la Loi la création, la modification et la suppression de tels organes ». Autrement dit, la délégalisation est possible, non parce qu'est en cause une réserve relative de loi, mais parce qu'il n'existe pas de réserve de loi concernant l'institution ou la suppression des organes subalternes des ministères.

Quoi qu'il en soit, cette décision demeure d'une interprétation difficile, car elle manie des concepts contradictoires. Le Tribunal constitutionnel a-t-il voulu consacrer l'exigence dans certains cas d'une loi préalable sans constater la présence d'une réserve de loi ? Mais alors on comprend mal la référence faite à cette institution. N'a-t-il pas voulu plutôt limiter la réserve relative de loi de l'article 103.2 aux organes supérieurs de l'Administration, laissant à l'Exécutif la régulation des organes subalternes ? Mais cette construction se heurte au texte de la Constitution, qui, nulle part, ne procède à une telle répartition, aboutissant à une démarcation « horizontale » entre la loi et le règlement. Pour autant, en autorisant dans ce secteur la délégalisation, la juridiction constitutionnelle enregistre la pratique législative qui témoigne de fréquents mouvements de délégalisation et de relégislation. C'est à la jurisprudence qu'il reviendra de préciser dans l'avenir, la solution retenue.

Plus explicite est la position du Tribunal constitutionnel quant à la possibilité d'appliquer la réserve de loi à des normes antérieures à la Constitution.

²⁶⁰ *Op. cit.*, p. 2430.

²⁶¹ Rejoint en cela par le professeur F. RUBIO LLORENTE, par ailleurs membre du Tribunal constitutionnel (« La reserva de ley dans l'ordonnement espagnol », communication orale à la journée franco-espagnole du 15 novembre 1991 organisée par l'Institut d'Études Juridiques Ibériques et la Casa de Velazquez, Madrid).

²⁶² Par exemple, STC 19/87, JC, t. 17, p. 167. La décision 37/87 (JC, t. 17, p. 405), rendue à propos de l'article 33.2, établit même que cette réserve de loi proscribit toute délégalisation.

3. L'application dans le temps de la réserve de loi

La sujétion aux différentes réserves de loi des normes postérieures à la Constitution ne fait aucun doute : il s'agit de la mise en œuvre du principe de soumission de l'ensemble de l'ordonnement à la Constitution. Plus difficile est l'hypothèse où les normes en cause sont antérieures à la Constitution. Est-il possible de leur appliquer une institution qui n'existait pas lors de leur création ? Le législateur (*lato sensu*) ancien n'est pas censé respecter une disposition non encore en vigueur au jour où il statue. On rejoint à cet endroit le problème de la contradiction entre la Constitution et une norme postérieure, ce que la doctrine espagnole qualifie « d'inconstitutionnalité survenue »²⁶³. Concrètement, il s'agit de savoir si les effets de la réserve de loi s'étendent aux normes antérieures à la Constitution. Il faut donc s'interroger sur les limites temporelles de la réserve de loi, et en particulier sur l'éventuel caractère rétroactif de cette institution. La question se pose lorsqu'une loi préconstitutionnelle renonce à sa compétence en renvoyant trop largement au pouvoir réglementaire, alors que la matière sur laquelle elle statue est l'objet d'une réserve de loi sous l'empire de la nouvelle Constitution. Ou lorsque la légalité d'un décret intervenu spontanément, antérieurement à la Constitution, dans une matière réservée est contestée. Lors de l'examen de chacune de ces hypothèses, l'organe juridictionnel compétent doit se prononcer sur l'applicabilité de la réserve de loi proclamée postérieurement à l'entrée en vigueur des normes litigieuses. À cet effet, le Tribunal constitutionnel a élaboré une jurisprudence qui délimite la portée de la réserve de loi vis-à-vis des normes préconstitutionnelles.

Dès sa onzième décision, la juridiction constitutionnelle espagnole s'est prononcée sur l'amplitude temporelle de la réserve de loi²⁶⁴. S'agissant de juger de la compatibilité d'une loi préconstitutionnelle avec l'attribution obligatoire de compétence qu'effectue la nouvelle Constitution, il déclare que la réserve de loi ne peut avoir pour effet de provoquer l'annulation de normes antérieures qui régissent des matières actuellement réservées : « Il n'est pas possible d'imposer la réserve de loi de façon rétroactive pour annuler des dispositions régulatrices de certaines matières et de situations pour lesquelles le droit antérieur ne prévoyait pas une telle réserve, surtout lorsque la norme litigieuse a été édictée dans le respect du système normatif en vigueur lors de sa promulgation »²⁶⁵. La réserve de loi ne produit ses effets juridiques qu'à compter du jour de la promulgation de la Constitution. Ce faisant, on doit considérer qu'elle abroge toute loi antérieure opérant des renvois inconditionnés au pouvoir réglementaire dans les matières réservées, en vertu de la disposition abrogatoire 3^e de la Constitution (prévoyant que « sont également abrogées toutes dispositions contraires à ce qui est établi dans la présente Constitution »). Mais cette abrogation intervient seulement au jour de l'entrée en vigueur de la Constitution. C'est parce que les rapports entre les lois d'habilitation préconstitutionnelles et la Constitution sont aussi des rapports résultant de la succession de lois dans le temps que l'inconstitutionnalité de celles-ci ne correspond pas à une nullité *a radice*, comme l'aurait impliqué la rétroactivité de la réserve de loi²⁶⁶.

263 Cf. L. PAREJO ALFONSO, « La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida », *RAP* 1981, n° 94, p. 201.

264 STC 11/81, du 8 avril 1981 ; *JC*, t. 1, p. 174.

265 Fondement juridique 5.

266 C'est ce que devait affirmer expressément le Tribunal constitutionnel dans sa décision 83/84, du 24 juillet 1984 (précitée).

Il résulte de cette absence de rétroactivité de la réserve que les anciennes habilitations demeurent valables entre le jour de leur édicition et la date de promulgation de la nouvelle Constitution. Ce n'est qu'à compter de cette dernière qu'elles cessent de produire des effets juridiques, en tant qu'incompatibles avec la nouvelle Constitution. Dorénavant, il est donc impossible d'édicter des actes réglementaires sur le fondement de ces lois, celles-ci n'étant plus en vigueur. À l'inverse, les actes réglementaires préconstitutionnels, édictés sur le fondement de ces habilitations demeurent valables, en tant qu'ils reposent sur des lois en vigueur lors de leur formation. C'est ici la principale conséquence de l'absence de rétroactivité de la réserve de loi : cette institution ne permet pas de remettre en cause les actes réglementaires antérieurs à la Constitution en se fondant sur le défaut actuel de compétence de l'Exécutif. Ceux-ci ne peuvent être censurés de ce chef, leur régularité formelle devant s'apprécier au moment de leur édicition et non sur la base de règles constitutionnelles postérieures. La compétence de l'auteur de ces normes doit être examinée conformément aux dispositions constitutionnelles en vigueur lors de leur édicition : c'est le principe *tempus regit actum*. La reconnaissance constitutionnelle d'une compétence obligatoire pour le Parlement, dans une matière déterminée, n'a pas pour conséquence d'invalidier les éventuels règlements préconstitutionnels régissant cette matière²⁶⁷. Il en résulte que ceux-ci pourront être encore appliqués à des situations de fait postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution²⁶⁸.

La distinction de traitement entre la loi d'habilitation, considérée comme abrogée, et la permanence du règlement édicté sur son fondement, s'explique par le fait que, du point de vue du règlement, la réserve de loi apparaît comme une norme de compétence. Or, seules des dispositions de fond peuvent donner lieu à une inconstitutionnalité survenue²⁶⁹. S'agissant de la loi d'habilitation, la réserve de loi vient abroger les normes de compétence, établies au profit du pouvoir réglementaire, incompatibles avec l'attribution de compétence au législateur à laquelle procède la Constitution par le biais de cette même réserve de loi. C'est parce que dans ce cas la Constitution s'est maintenant substituée au législateur pour répartir les attributions normatives du Parlement et de l'Exécutif, que ces anciennes habilitations sont désormais caduques.

Ceci n'est pas sans produire une situation juridique particulière : le règlement édicté antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution demeure en vigueur, mais ne pourra plus être modifié, postérieurement au 29 décembre 1978, que par un acte de valeur législative. En effet, à compter de cette date, l'habilitation législative ne peut plus constituer une base légale, et toute intervention réglementaire spontanée est condamnée par l'inclusion de la matière dans l'emprise de la réserve de loi. On est en présence d'un acte qui ne peut voir son contenu altéré que par un acte de valeur supérieure dans la hiérarchie des normes. De la même façon, cet acte subsiste, alors que la loi sur laquelle il

267 STC 83/84, précitée.

268 Comme l'a jugé explicitement la décision 177/92, du 2 novembre 1992 (*JC*, t. 34, p. 665). Les requérants prétendaient que l'irréroactivité de la réserve aboutissait certes au maintien en vigueur du règlement litigieux, mais interdisait son application à des situations postérieures à la Constitution.

269 Cf. M. RODRIGUEZ-PICAZO et J. LEGUINA VILLA, Rapport espagnol à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara. Reproduit in *AJCC* 1990, vol. 6, p. 105.

repose a disparu de l'ordonnancement juridique : le règlement acquiert une existence autonome par rapport à la norme qui le fonde ²⁷⁰.

Consécutivement au maintien en vigueur de ces règlements préconstitutionnels, les actes réglementaires qui développent à leur tour ces mêmes règlements demeurent eux aussi en vigueur ²⁷¹. De plus, une exception existe à l'impossibilité d'édicter de nouveaux règlements après l'entrée en vigueur de la Constitution : sont admissibles les actes de l'Exécutif dont l'objet est de compléter les normes préconstitutionnelles afin d'assurer leur concordance avec d'autres normes. Ces règlements ne comportent alors aucune innovation dans l'ordonnancement juridique, puisqu'ils se bornent à réitérer les actes empiétant sur la réserve de loi. C'est ce qu'affirme expressément le Tribunal constitutionnel dans la décision 29/89 ²⁷². Il s'agissait d'un décret de 1983 réorganisant des règlements préconstitutionnels établissant des sanctions en vue d'assurer le respect de certaines règles en matière de protection des consommateurs, édictés sur le fondement d'un décret-loi de 1974. Les requérants contestaient la possibilité d'émettre des règlements postérieurement à la consécration, par l'article 25.1 de la Constitution d'une réserve de loi en matière de sanctions administratives. Après avoir constaté que cet article avait effectivement eu pour effet d'abroger l'habilitation octroyée par le décret-loi de 1974, le Tribunal considère, conformément à sa jurisprudence classique, que « cet effet ne supprime pas la légitimité des normes sanctionnatrices édictées sur le fondement de cette habilitation antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution, la réserve légale établie à l'article 25.1 ne leur étant pas applicable ». Puis, s'agissant de la validité du décret de 1983, il poursuit : « la simple intégration de ces normes préconstitutionnelles dans un nouveau texte approuvé postérieurement à la Constitution, comme c'est le cas du Real Decreto 1945/1983, n'est pas contraire à cette exigence formelle, dès lors que ce dernier n'innove pas l'ordonnancement juridique sanctionnateur et constitue une simple réorganisation systématique, en un texte unique, de normes parfaitement valides et en vigueur, auparavant dispersées en une pluralité de textes normatifs » ²⁷³. Si le décret se borne à reproduire et à réorganiser formellement des règlements qui, édictés avant le 29 décembre 1978, demeurent en vigueur, alors il ne sera pas annulé. En effet, dans ce cas, il ne peut être considéré que l'Exécutif s'est appuyé sur une habilitation caduque : l'acte qu'il a édicté ne contient aucun contenu normatif qui lui soit propre. C'est parce que cette norme ne provoque pas en elle-même d'effets juridiques particuliers qu'elle peut être édictée malgré l'impossibilité d'user de l'habilitation abrogée ²⁷⁴.

Le principe selon lequel la réserve de loi ne possède pas de caractère rétroactif, mais est susceptible d'abroger les habilitations législatives incompatibles a fait l'objet d'une jurisprudence constante et fournie ²⁷⁵.

²⁷⁰ On retrouve là un certain parallèle avec la jurisprudence du Conseil d'État français pour qui l'abrogation d'une loi par une autre loi n'entraîne pas automatiquement abrogation des règlements d'application de la première.

²⁷¹ STC 83/84, précitée.

²⁷² JC, t. 23, p. 304.

²⁷³ Fondement juridique 3.

²⁷⁴ Dans le même sens, voir STC 219/91, du 25 novembre 1991, JC, t. 31, p. 519, FJ 2 ; STC 305/93, du 25 octobre 1993, JC, t. 37, p. 401, vérifiant le caractère innovatoire d'un règlement pris après l'entrée en vigueur de la Constitution, par rapport à une réglementation préconstitutionnelle affectant la réserve de loi.

²⁷⁵ Voir, par exemple, STC 15/81, du 7 mai 1981, JC, t. 1, p. 245 ; STC 42/87, du 7 avril 1987, JC, t. 17, p. 490, AJC 1987, vol. 3, p. 504, note P. CRUZ VILLALON ; STC 101/88, du 8 juin 1988,

La consécration par la Constitution du 29 décembre 1978 d'une réserve de loi ne souffre plus de contradiction aujourd'hui. Certes, cette réserve de loi ne permet pas, en elle-même, d'invalider les normes réglementaires préconstitutionnelles, mais ceci devient de moins en moins perceptible au fur et à mesure que la Constitution vieillit, et donc que ces anciennes réglementations sont progressivement modifiées ou abrogées par le législateur postconstitutionnel.

De la même façon, l'absence de réserve générale ne doit pas faire illusion. En effet, la simple lecture de la Constitution suffit à témoigner du nombre de réserves de loi et de l'importance des matières concernées : que l'on songe à la réserve de loi en matière de droits fondamentaux ! C'est dire qu'il n'existe que peu d'espaces normatifs non couverts par une quelconque réserve de loi. En témoigne la jurisprudence constitutionnelle rendue sur ce moyen contentieux. Ceci est d'autant plus vrai que la Constitution consacre la primauté de la norme législative.

B. - La primauté de la loi

De par sa définition, la réserve de loi implique une compétence irréductible de la loi, à laquelle celle-ci ne peut renoncer. Mais qu'advient-il de la compétence parlementaire, une fois purgé ce champ minimum de la loi ? Il s'agit de s'interroger sur la place que peut occuper la loi au sein de l'ordonnancement.

Le principe de l'inexistence d'une réserve générale admis, le problème se pose de qualifier juridiquement les espaces exempts d'une réserve de loi. Ceux-ci permettent-ils l'intervention de la loi ? Autrement dit, les réserves de loi résument-elles à elles seules la compétence parlementaire ou celle-ci est-elle plus vaste ? On doit alors se prononcer sur l'éventuel caractère limitatif de la réserve, quant à la compétence du législateur.

Cette dialectique conduit directement au pouvoir réglementaire. En effet, de la place de la loi dépend corrélativement la place du règlement. Il faut considérer l'espace normatif comme un milieu clos, au sein duquel tout accroissement du champ de compétence d'un acte unilatéral s'effectue au détriment d'une autre catégorie d'acte unilatéral. En l'espèce, plus la compétence législative est importante, plus celle du pouvoir réglementaire est amoindrie. La compétence normative de l'Exécutif est fonction de celle du législatif.

Si la compétence du législateur s'épuise dans les différentes réserves de loi, ceci signifie alors que l'ensemble des secteurs non réservés ne peut être l'objet d'une régulation législative. Seul peut intervenir dans ce cas, l'acte réglementaire. On est bien en présence d'une réserve réglementaire, conjointe à la réserve de loi. Celle-là prescrit que la loi puisse déborder la compétence que lui assigne la réserve de loi, si bien que tant la loi que le règlement voient leur domaine défini par la Constitution, la loi ne pouvant en aucun cas opérer de modification.

Si, au contraire, les réserves de loi ne constituent pas un maximum, alors le législateur peut s'évader de la compétence qu'elles établissent, réduisant d'autant la compétence réglementaire. Celle-ci n'est alors pas réservée et n'est donc pas défendue contre l'intervention législative. Les relations entre la loi et le règlement ne sont pas régies par le principe de compétence, mais par le principe hiérarchique. La loi peut toujours pousser plus avant sa régulation, et le

JC, t. 21, p. 145 ; STC 219/89, du 21 décembre 1989, JC, t. 25, p. 877 ; STC 83/90, du 4 mai 1990, JC, t. 27, p. 20 ; STC 219/91, précitée ; STC 93/92, du 11 juin 1992, JC, t. 34, p. 294 ; STC 177/92, précitée ; STC 305/93, précitée.

règlement, tenu de la respecter, ne pourra plus la modifier, ce même si la matière régulée n'est pas couverte par une réserve de loi.

Toute la question réside ainsi dans la recherche d'éventuelles matières attribuées par la Constitution au pouvoir normatif de l'Exécutif. Existe-t-il un secteur constitutionnel propre au pouvoir réglementaire ? C'est de cette interrogation que dépend fondamentalement le champ d'intervention de la loi. On comprend dès lors la nécessité de s'intéresser à cette recherche.

Il appert que si la Constitution ne confie la régulation d'aucune matière à la loi, elle n'en attribue pas moins certaines fonctions précises à l'Exécutif.

1. L'absence de réserve réglementaire

On se rappelle que l'avant-projet de Constitution prévoyait l'attribution de certaines matières à l'Exécutif, qui se voyait ainsi conférer un pouvoir réglementaire direct, *praeter legem*. C'est le rejet de ces dispositions qui devait permettre à la doctrine et au Tribunal constitutionnel de condamner l'idée d'une réserve réglementaire en droit positif espagnol.

Dès la promulgation de la Constitution, les professeurs J.-L. Carro Fernandez et R. Gomez-Ferrer Morant constatent que la Constitution ne réserve aucune matière à la régulation réglementaire, au contraire de ce qui se passe pour la loi ²⁷⁶. En conséquence, ces auteurs font remarquer la pleine compétence de l'acte législatif, résultant du principe de primauté de la loi (consacré dans le Préambule de la Constitution), en tant qu'expression de la souveraineté nationale. Il n'existe donc pas d'obstacle à la compétence législative en toute matière.

Le professeur L.-M. Díez Picazo arrive à la même conclusion, en partant de la prémisse selon laquelle « il n'existe pas dans la Constitution de matières réservées au règlement ». Ainsi, « il n'existe pas d'espaces exemptés de la pénétration législative » ²⁷⁷.

La doctrine est pour une fois unanime sur ce point ²⁷⁸. Simultanément, la jurisprudence a aussi dénié toute possibilité de configurer une réserve réglementaire. Tel est le cas du Tribunal constitutionnel, dans la décision 5/81, du 13 février 1981 ²⁷⁹, confirmée par la suite par les décisions 18/82 du 4 mars 1982 ²⁸⁰ et 60/86 du 20 mai 1986 ²⁸¹. La Haute juridiction constitutionnelle admet en conséquence que le législateur a un champ de compétence illimité. En particulier, il peut à tout moment substituer sa propre régulation à celle déjà établie par le règlement, annulant du même coup la compétence normative de l'Exécutif. En effet, celui-ci ne pourra, en vertu du principe de hiérarchie normative ²⁸², modifier les dispositions législatives.

Il résulte de cette interprétation de la Constitution que celle-ci se borne à imposer une compétence minimum à la loi et qu'au contraire elle ne prévoit rien

²⁷⁶ « La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución », *RAP* 1978, n° 87, p. 187. Voir aussi, du seul second auteur, « La Potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, 1980, p. 119.

²⁷⁷ « Concepto de ley y tipos de ley », *REDC* 1988, n° 24, p. 61 et 62.

²⁷⁸ Cf. I. de OTTO, *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelone, 1987, p. 217 et 226 ; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 4^e éd., 1983, p. 240 ; J.-A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de estudios R. Areces, Madrid, 1988, p. 740 ; A. GALLEGU ANABITARTE, *Derecho administrativo : programa y guía para su estudio*, Comercial Malvar, Madrid, 1980, t. 1, p. 71, note 16.

²⁷⁹ *JC*, t. 1, p. 62.

²⁸⁰ *JC*, t. 3, p. 226.

²⁸¹ *JC*, t. 15, p. 70.

²⁸² Article 9-3 de la Constitution.

quant au champ d'intervention du pouvoir réglementaire. Simultanément, le texte constitutionnel établit une hiérarchie normative, conférant à la loi une prééminence certaine sur le règlement de l'Exécutif. L'ensemble de ces données permet au Tribunal constitutionnel de valider les régulations législatives hors des réserves de loi, au détriment de l'espace ouvert au pouvoir réglementaire. C'est parce que ce dernier n'est pas prévu par la Constitution qu'il ne bénéficie d'aucune protection contre les avancées législatives. Autrement dit, c'est « seulement » dans le cas des réserves que le législateur n'est pas maître de la répartition des compétences entre la loi et le règlement, puisque la Constitution lui impose une régulation législative. En dehors de ces hypothèses, le législateur peut choisir de légiférer ou laisser toute possibilité à l'Exécutif. La sélection d'une des deux possibilités se fera en fonction de critères politiques (par exemple, faire endosser au législateur la responsabilité électorale de certaines mesures) ou techniques (une politique législative judicieuse peut exiger que la loi poursuive sa régulation, même si elle a dépassé le cadre fixé par la réserve de loi), sans que ces critères ou l'utilisation qui en est faite, puissent être contrôlés juridiquement. S'il n'existe pas de réserve de loi sur une matière déterminée, la loi dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour définir le domaine réglementaire. En n'énumérant pas les compétences réglementaires, la Constitution confère entière liberté au législateur pour les déterminer, sous la seule limite de ne pas renoncer à sa propre compétence.

La principale conséquence de cette absence de réserve réglementaire est de provoquer une « légifération » progressive de l'ordonnement juridique : une fois que le législateur a dépassé le strict cadre de la compétence minimum impartie par la réserve, le règlement ne peut plus avoir de prétention sur l'espace qui lui échappe ainsi. Seule une loi, c'est-à-dire un acte possédant la même force juridique, peut valablement déroger ou modifier la régulation mise en place de la sorte. Ce n'est pas le moindre des effets pour la loi, lorsqu'elle outrepassa la compétence constitutionnelle minimum, que de poser des règles implicites de compétence en sa faveur. Il se produit alors, à cause de la hiérarchisation entre la loi et le règlement à laquelle a procédé la Constitution, ce que la doctrine espagnole a qualifié de « congélation de rang ». Est désignée par là l'interdiction faite au règlement de s'insérer dans la régulation législative de la matière non réservée, qui désormais ne pourra plus être appréhendée que par le Parlement ²⁸³. La loi s'est réservée elle-même la régulation de cette matière, alors que la Constitution ne l'avait pas intégrée dans les réserves de loi qu'elle a établies. Mais cette réserve n'existe qu'en considération de la forme des dispositions qui régulent déjà la matière, et non en considération de la matière même ; c'est pourquoi elle est souvent qualifiée de réserve formelle, par opposition à la réserve matérielle. Néanmoins, l'expression est trompeuse, dans la mesure où elle tend à mettre sur un plan identique deux éléments distincts : la réserve formelle a une simple origine législative, tandis que la réserve matérielle trouve son origine dans la Constitution ; d'autre part, la seconde proscribit tout abandon de compétence par le législateur, tandis que l'autre admet au contraire les délégalisations. Mieux vaut donc se garder de l'emploi de cette notion, source de confusion et de dilution du concept de réserve de loi, même si son usage paraît généralisé dans la doctrine.

²⁸³ Ce qui n'empêche pas néanmoins l'Exécutif d'édicter des actes pour l'application des lois ainsi intervenues. Le pouvoir réglementaire subsiste, malgré « l'avancée » législative, mais il doit désormais respecter des nouvelles normes et perd donc de ses capacités novatrices. L'irruption d'une loi hors du domaine réservé fait reculer le domaine du règlement, sans le supprimer.

Celle-ci admet majoritairement, à la suite du professeur Garcia de Enterría, que la primauté hiérarchique de la loi implique qu'une matière, une fois régulée par un acte législatif, ne pourra plus être l'objet de règlement, alors même qu'elle ne serait pas répertoriée par la Constitution comme partie de la réserve de loi²⁸⁴. Le Tribunal suprême reconnaît lui aussi que le champ d'intervention du législateur dépasse le cadre des réserves de loi. Ainsi, dans un arrêt du 14 décembre 1988²⁸⁵, il relève que : « cette matière ayant été régulée par une loi, le principe de congélation de rang aboutissant à la création d'une réserve formelle de loi, il est nécessaire que la modification de cette législation soit également le fait de la loi ». Dans d'autres arrêts, il considère que le pouvoir réglementaire peut seulement intervenir de manière résiduelle, hors des matières réservées à la loi et des matières dans lesquelles est intervenue une loi²⁸⁶.

Il n'en demeure pas moins que, même sans réserve réglementaire, l'intervention de la loi est plus ou moins fragile selon qu'elle est ou non couverte par une réserve de loi. En effet, dans le cas où l'intervention de la loi est nécessitée, non par la Constitution, mais par la seule présence d'une loi antérieure régulant la matière, cette obligation de compétence s'impose à l'Exécutif, non au législateur postérieur. Celui-ci est toujours libre de défaire ce qu'une loi antérieure a fait, étant donné qu'il n'existe pas là d'impératif constitutionnel quant à la compétence. Il suffit qu'une loi postérieure abroge les normes législatives qui outrepassent le champ de la réserve, pour que le pouvoir réglementaire puisse de nouveau intervenir sur ce domaine. Dans le cas où il existe une réserve de loi, la seule abrogation de la législation existante ne permettrait pas l'ouverture de la matière au pouvoir réglementaire. C'est cette différence qui explique la plus grande fragilité de la compétence législative octroyée par voie législative par rapport à celle résultant de la Constitution²⁸⁷.

Apparaît alors la question des délégalisations, dans le cadre déterminé par la Constitution de 1978. Incluses dans la perspective de l'absence de réserve réglementaire, celles-ci revêtent une importance particulière : la technique de la délégalisation permet de restreindre, au profit du pouvoir réglementaire, le champ d'intervention de la loi. On a vu que du fait de l'inégalité hiérarchique entre ces deux normes, la loi pouvait toujours restreindre le domaine du règlement, en tant que celui-ci n'est pas constitutionnellement protégé. L'absence de réserve réglementaire profite ainsi au législateur qui peut indéfiniment accroître son espace normatif. Seule la délégalisation permet le retour à la situation antérieure, c'est-à-dire la réattribution à l'Exécutif de secteurs sur lesquels a empiété la loi. Elle consiste en effet à autoriser le règlement à abroger ou à modifier les dispositions législatives existant dans certaines matières. Cette autorisation est le fait du législateur, ce qui témoigne encore de son rôle dans la répartition des

284 *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 244 et 250 ; I. de OTTO, op. cit., p. 227 ; J.-A. SANTAMARIA PASTOR, op. cit., p. 777.

285 R. Ar. 9954.

286 Par exemple, STS 10 mars 1982 (R. Ar. 1245).

287 En ce sens, voir J.-A. SANTAMARIA PASTOR, op. cit., p. 788 ; J. BARCELONA LLOP, « Principio de legalidad y organizacion administrativa », in *Mélanges Garcia de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 2407, note 119 ; E. GARCIA DE ENTERRIA, op. cit., p. 244. On retrouve à cet endroit les craintes exprimées en leur temps par une partie de la doctrine française à propos de l'efficacité de la loi du 17 août 1948. Il est vrai qu'il s'agissait là d'un mécanisme de délimitation mis en place au profit de l'Exécutif, alors qu'ici on décrit le phénomène inverse de légifération. Mais, dans un sens comme dans l'autre, est en cause la futilité des délimitations de compétence par voie législative.

compétences entre la loi et le règlement²⁸⁸. Le pouvoir réglementaire retrouve alors les capacités de régulation qu'il possédait avant l'intrusion de la loi, du fait précisément de l'absence de réserve de loi sur la matière.

Plusieurs tentatives d'explication du mécanisme de délégalisation sont ainsi apparues. Pour une première école, la délégalisation consiste en une modification par le législateur du rang hiérarchique d'une norme existante. Elle se présente comme une dégradation du rang normatif de la loi, convertie en un acte réglementaire²⁸⁹. Pourtant, cette théorie a été contestée au motif que la loi objet de la délégalisation conserve les effets juridiques de l'acte législatif²⁹⁰ et son régime contentieux²⁹¹.

Une seconde école considère la délégalisation comme une abrogation différée²⁹². C'est bien la loi de délégalisation qui opère l'abrogation de la loi antérieure, mais elle prévoit en même temps que l'abrogation prendra effet lors de l'édiction des règlements qu'elle autorise. C'est la loi qui règle les modalités de succession dans le temps entre la régulation législative et la régulation réglementaire ultérieure. Ainsi, tant que ne sont pas intervenus les règlements, la loi, même frappée d'un certain caractère provisoire, conserve toutes les caractéristiques de l'acte législatif. Si la Constitution prohibe que la loi dispose de son propre rang normatif, elle ne lui interdit pas de prévoir les modalités de son entrée en vigueur, voire de subordonner celle-ci à l'avènement d'un acte juridique postérieur.

Enfin, une troisième théorie, développée par le professeur Rebollo Puig²⁹³, se fonde sur la distinction entre la force passive et la force active de la loi. La loi de délégalisation, usant de sa propre force active, attente à la force passive de la loi délégalisée. La délégalisation agit donc sur la loi préalable, non sur le pouvoir réglementaire. Cette analyse puise ses sources dans l'œuvre d'Otto Mayer, pour qui la force de loi n'est qu'une faculté virtuelle, dont la loi peut disposer²⁹⁴. La loi délégalisée perd de sa capacité de résistance face aux normes inférieures (force passive), mais voit maintenue sa valeur législative. C'est ce qui permet au règlement de substituer sa régulation à celle de la loi.

Quelles que soient les controverses relatives à la justification théorique de la délégalisation²⁹⁵, il faut constater que les juridictions ont admis le concept. Il en est ainsi du Tribunal suprême²⁹⁶, comme du Tribunal constitutionnel²⁹⁷. Naturellement, la délégalisation ne peut concerner que des dispositions

288 Dans la seule hypothèse où la Constitution ne lui a pas retiré cette fonction en prévoyant elle-même la place respective de la loi et du règlement, en instituant notamment un domaine réglementaire.

289 En ce sens, E. GARCIA DE ENTERRIA, op. cit., p. 274 ; R. GOMEZ FERRER-MORANT, op. cit., p. 131.

290 En particulier les abrogations législatives auxquelles elle a procédé sont maintenues.

291 Absence de possibilité de recours devant les juridictions administratives. Ces critiques à l'encontre de la théorie exposée sont développées par M. REBOLLO PUIG, in « Juricidad, legalidad, y reserva de ley como limites a la potestad reglamentaria del Gobierno », RAP 1991, n° 125, p. 161 et s.

292 I. DE OTTO, op. cit., p. 228.

293 Op. cit., p. 162.

294 *Droit administratif allemand*, op. cit., p. 93 et s.

295 Controverses qui ne sont pas sans rappeler celles ayant divisé, avant 1958, la doctrine française à propos de la théorie des délégalisations.

296 Voir par exemple : STS du 24 janvier 1986 (R. Ar. 15) ; STS du 14 décembre 1988 (précitée), qui précise que la loi « puede perfectamente limitarse a devolver a su rango reglamentario lo que estaba excluido del Reglamento por una simple reserva formal de Ley ».

297 Par exemple, STC 60/86, précitée.

législatives ayant excédé le cadre de la réserve de loi. En effet, elle ne peut intervenir dans les matières où existe une réserve de loi. Cette interdiction, issue de la jurisprudence constitutionnelle²⁹⁸, et approuvée par la doctrine²⁹⁹, se justifie dans la mesure où l'existence d'une réserve contingente l'intervention réglementaire et interdit en tout cas que la loi procède à la délimitation de sa compétence par rapport au règlement : la délégalisation serait alors une méthode pour la loi de renoncer au mandat que lui confie la Constitution. C'est dire que la délégalisation a pour espace naturel les secteurs dans lesquels la nécessité de l'intervention législative résulte de la seule présence d'une loi antérieure. Cette technique permet de corriger le phénomène de légifération, résultant de l'absence de réserve réglementaire. Mais il s'agit d'une correction de pure opportunité politique, d'une part, parce que seul peut y procéder le législateur, d'autre part, parce que juridiquement, l'intervention de la loi hors des réserves est tout-à-fait régulière.

Ainsi, dépourvu de réserve réglementaire, l'ordonnancement espagnol tend à privilégier la source législative par rapport à d'autres sources normatives. C'est le législateur qui devra, dans le respect des réserves de loi, déterminer la répartition des compétences entre la loi et le règlement, pour pallier au silence de la Constitution relativement au domaine du règlement.

Reste que si la Constitution n'a pas attribué un secteur normatif précis à l'Exécutif, elle ne lui en a pas moins imparti certaines fonctions, ce qui peut apparaître comme une limite à une extension infinie de la compétence législative.

2. L'existence d'une réserve d'administration ? *no se puede*

L'absence de réserve réglementaire participe certainement à la crise de la loi, dénoncée par de nombreux auteurs. En effet, le législateur a tendance à étendre sa régulation, y compris dans des secteurs non inclus dans une réserve de loi. Ce phénomène implique que la loi tend à régir des détails qui relèvent souvent de la pure exécution. Ainsi, cette augmentation de la densité législative en profondeur aboutit à réduire le champ du pouvoir réglementaire. Corrélativement, la loi cesse d'être une norme d'impulsion pour devenir une norme plus concrète. En même temps, ces dispositions sont plus mouvantes, puisque plus précises et donc plus adaptées à des circonstances déterminées. Enfin, la généralité de la loi est fortement atteinte par « l'avancée » législative : la loi qui se substitue au règlement doit configurer, de la façon la plus exhaustive possible, les hypothèses différentes d'application. Le législateur vote des textes de plus en plus complexes. À la limite, certaines lois deviennent de simples lois particulières, dont l'objet est limité à la régulation d'une situation de fait déterminée, et qui se suffisent à elles-mêmes.

La crise de la généralité de la loi³⁰⁰ est l'un des symptômes de la crise de la loi.

298 Ainsi, dans la décision 83/84, le Tribunal censure une disposition législative renvoyant à l'Exécutif une partie de la réglementation d'une matière réservée, au motif qu'il s'agit là « *de una verdadera deslegalización de la materia reservada* » (STC 83/84 du 24 juillet 1984, JC, t. 9, p. 355).

299 I. DE OTTO, *op. cit.*, p. 227.

300 Que l'on constate tant dans l'ordonnancement étatique (Voir en ce sens, J.-A. SANTAMARIA PASTOR, *op. cit.*, p. 516-518 ; G. ARINO ORTIZ, « *Leyes singulares, leyes de caso unico* », RAP 1989, n° 118, p. 57 et s.), que dans l'ordonnancement autonome (Cf. M.-M. RAZQUIN LIZARRAGA, « *Ley autonómica reglamento y control* », RAP 1992, n° 128, p. 107 et s.).

C'est l'inexistence supposée de limites à l'expansion du domaine de la loi qui conduit à des distorsions, le législateur emmenant sa législation vers toujours plus de précision³⁰¹.

Outre les explications traditionnelles, fondées sur le comportement parlementaire (la satisfaction immédiate d'intérêts sectoriels précis entre dans la stratégie du parlementaire), il a pu être avancé que la légifération de l'ordonnancement s'intégrait dans la perspective des rapports entre gouvernement et majorité parlementaire³⁰². Lorsqu'on est en présence d'un gouvernement possédant une majorité stable au sein du Parlement, celui-ci a parfois intérêt à laisser se poursuivre le processus législatif, au-delà même de la réserve. Il obtient ainsi le vote de dispositions similaires à celles qu'il aurait pu promulguer par voie décrétole, mais le recours au législateur lui permet de les doter d'une légitimité spéciale. Plus concrètement, il s'agit souvent d'exclure la régulation d'une certaine matière du contrôle de la juridiction administrative, considérant l'accès plus étroit à la juridiction constitutionnelle. S'agissant d'un gouvernement issu d'une majorité seulement relative, une explication différente aboutit au même résultat. Dans cette hypothèse, la légifération permet à une majorité parlementaire de circonstance, aux contours distincts de celle qui soutient le gouvernement, de lui imposer ses vues. Cette majorité une fois réunie possède une dynamique interne qui la pousse à occuper le secteur de la législation, mais aussi celui de l'administration. Ce complexe majoritaire tend à déposséder le gouvernement (qui n'en est pas le reflet) de ses compétences, afin de les exercer conformément aux objectifs sur lesquels il s'est constitué ; pour autant, il n'est pas suffisamment stable pour renverser le gouvernement et s'y substituer : « Il s'agit en définitive de gouvernement par le biais du Parlement »³⁰³.

Les deux logiques conduisent donc à des résultats similaires. Pour autant, la conquête législative d'un domaine toujours plus vaste n'est pas sans conséquence sur les droits fondamentaux des individus. À première vue, on pourrait penser que l'intervention « supplémentaire » de la loi représente, compte tenu du caractère démocratique de cette norme, une garantie supplémentaire, par rapport à la régulation réglementaire. Mais, en réalité, les éléments « garantistiques »³⁰⁴ ne produisent leur pleine effectivité que par rapport à une conception de la loi considérée comme la norme des grands choix politiques. Dès lors que le législateur s'éloigne de cette hypothèse en « administrativisant » la norme qu'il édicte, ces éléments tendent à perdre de leur efficacité. Plus exactement, la garantie qui en résulte est alors relativement moins efficace que celle procédant de l'intervention réglementaire. C'est ce qui explique que le règlement soit avant tout une « norme de proximité ». Il est ainsi mis en relief que les administrés se voient souvent reconnaître un véritable droit de participation lors de l'élaboration de la norme administrative³⁰⁵. Désormais, la technique moderne de formation de celle-ci associe les destinataires du règlement, à travers un processus de consultation publique. Cette méthode, héritée des *public hearing* américains, vise à renouveler la légitimité de la règle administrative, en démocratisant quelque peu

301 Cf. I. DE OTTO qui déplore que les Cortes ne se limitent pas au traitement des aspects « *que realmente merezca politicamente su atención* ».

302 M.-M. RAZQUIN LIZARRAGA, *op. cit.*, p. 109 et 110.

303 *Ibid.*, p. 110.

304 Sur la conception de la loi comme norme de garantie, cf. *supra*.

305 M.-M. RAZQUIN LIZARRAGA, *op. cit.*, p. 137 ; F. GARRIDO, « *Dictamen sobre posible inconstitucionalidad de la ley 1/1991, del Parlamento de las islas Baleares (la reserva del ejecutivo)* », RAP 1991, n° 126, p. 514 et 519.

sa formation. D'ailleurs, ce droit de participation revêt en Espagne une importance particulière, dans la mesure où il est consacré par l'article 105 de la Constitution ³⁰⁶. Certes, la loi est le produit d'organes représentatifs de la population, mais il s'agit alors d'une représentation médiatisée, avec toutes les possibilités de déformation que cela comporte. À l'inverse, la participation des administrés à l'élaboration de l'acte administratif est plus directe. Et son impact est d'autant plus important qu'il s'agit des personnes intéressées. Ainsi, l'approbation d'une loi sur certaines matières permet d'éviter la nécessaire participation des citoyens à l'occasion de l'élaboration des règlements ³⁰⁷.

D'autre part, la pénétration législative au sein du domaine non attribué par la Constitution n'est pas sans incidence sur les droits de recours des administrés. Ces lois qui régulent de façon très détaillée une matière « impliquent une évidente diminution des garanties des destinataires qui ne peuvent les contester directement » ³⁰⁸.

La dialectique ici soulevée repose sur l'opposition entre la disponibilité du recours administratif et les restrictions des voies d'accès à la justice constitutionnelle. En effet, l'article 24 de la Constitution reconnaît le principe dit « de la protection judiciaire effective ». Aux termes de celui-ci, « toute personne a droit à obtenir la protection effective des juges et tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas elle puisse être privée de défense ». Or, la substitution d'une loi à ce qui pourrait être un règlement, est de nature à réduire sérieusement les possibilités de défense des citoyens. En effet, il ne peut être exercé à l'encontre des lois de recours d'*amparo*, contrairement à ce qui se passe pour les règlements. De la même façon, la saisine du Tribunal constitutionnel dans le cadre du recours d'inconstitutionnalité n'est pas ouverte aux individus, alors qu'ils peuvent toujours exercer un recours direct contre les règlements. Enfin, les juges ordinaires ne peuvent connaître du moyen fondé sur l'inconstitutionnalité de la loi, alors qu'existe l'exception d'illégalité. Certes, les citoyens peuvent demander aux tribunaux qu'ils posent une question de constitutionnalité au Tribunal constitutionnel, mais celle-ci n'est pas automatique et dépend de l'appréciation des juges. Ainsi, la législation d'une matière est de nature à diminuer les possibilités de contrôle juridictionnel de la régularité d'une mesure affectant des citoyens. Là encore, on constate à quel point l'utilisation de l'acte législatif peut s'insérer dans une logique destinée à immuniser certaines règles contre des recours contentieux.

De plus, on a vu qu'en augmentant sa régulation « en profondeur », la loi devenait de plus en plus précise, renonçant par là à une propriété que lui reconnaissait la doctrine classique : la généralité. Le Parlement a ainsi pris l'habitude de légiférer sur des cas particuliers, sans que cette législation suppose ou appelle l'intervention réglementaire. Le contenu de ces lois les rapproche de décisions concrètes, énoncées pour résoudre des problèmes particuliers. En

306 « La loi déterminera : a) la consultation des citoyens, directe ou à travers les organisations et associations reconnues par la loi, durant la procédure d'élaboration des dispositions administratives qui les concernent ».

307 Ou tout au moins « *se rebaja su importancia dada su escasa o nula incidencia dentro del procedimiento legislativo* », M.-M. RAZQUIN LIZARRAGA, *op. cit.*, p. 129.

308 A.-E. de ASSIS ROIG, « La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978 », in *Mélanges Garcia de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 203 ; dans le même sens, G. ARINO ORTIZ, *op. cit.*, p. 59 ; F. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 519 ; J.-R. PARADA, « Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (el caso RUMASA) », *RAP* 1983, n° 100/102, vol. 2, p. 1159 et 1161 et s.

conséquence, il s'agit de savoir si ces lois, par essence discriminatoires, ne violent pas le principe d'égalité, reconnu à l'article 14 de la Constitution.

L'ensemble de ces interrogations revêt une grande acuité, compte tenu de l'importance des moyens soulevés, et du développement du processus de légifération. Nombreux sont les exemples de cette dernière tendance. À titre d'illustration, on peut citer la loi 1/91 de la Communauté autonome des Baléares, en date du 30 janvier 1991 ³⁰⁹. Celle-ci ne se contente pas de définir le régime juridique propre aux zones naturelles d'intérêt spécial qu'elle institue, mais délimite géographiquement les zones en question, de manière précise et individualisée. De la même façon, la loi autonome 7/89 du Parlement de Navarre, dans sa rédaction issue de la loi 8/90, prévoit que la délimitation des zones soumises au droit de préemption ne pourra être établie que par voie législative ³¹⁰. Enfin, le décret-loi 2/83 du 23 février 1983 a procédé lui-même à l'expropriation d'un groupe de sociétés déterminées, définissant pour ce faire des règles spécifiques, dérogeant au droit commun du régime général d'expropriation (affaire RUMASA).

Devant l'ampleur de ce phénomène, la question s'est posée de savoir s'il n'existait pas une limite constitutionnelle à l'avancée législative. Le point de départ réside dans la constatation que les lois outrepassant largement la réserve de loi, ont un contenu matériel qui s'assimile à une activité exécutive. Or, si la Constitution ne réserve aucune matière à la réglementation par voie décrétaire, elle n'en attribue pas moins certaines fonctions aux différents pouvoirs étatiques qu'elle institue. Telle est d'ailleurs l'implication majeure de la théorie de la séparation des pouvoirs. En conséquence, le législateur ne pourrait remettre en cause l'essence même de la répartition des pouvoirs. On pourrait configurer ainsi une « réserve de juridiction », qui se traduirait par l'existence inaltérable d'une marge de décision au profit du juge ³¹¹. La loi ne peut transformer la juridiction en un simple mécanisme de concrétisation envers des personnes déterminées, des dispositions qu'elle édicte. À la limite, lorsque le législateur vote des dispositions individualisées, dépourvues de tout caractère de généralité, il se substitue purement et simplement au pouvoir juridictionnel, réglant des cas particuliers.

C'est la prohibition de s'insérer dans la fonction octroyée par la Constitution aux organes juridictionnels qui légitimerait que le Parlement n'étende pas indéfiniment sa législation, laissant de ce fait à ceux-là une marge de discrétionnalité, postulée par le principe d'indépendance des magistrats (domaine de l'individualisation des peines, par exemple).

En parallèle, il serait aussi possible de configurer une « réserve d'administration », à partir des fonctions attribuées au Gouvernement. Plus précisément, l'article 97 de la Constitution remet à ce dernier la fonction exécutive. Il s'en suivrait que la loi ne pourrait le déposséder de ce pouvoir. On déterminerait ainsi une autre limite à l'avancée législative : celle-ci ne pourrait

309 Citée par F. GARRIDO FALLA, *op. cit.*

310 Alors que le régime originnaire prévoyait la compétence réglementaire. Citée par M.-M. RAZQUIN LIZARRAGA, *op. cit.* De façon plus générale, voir les références utilisées par cet auteur, et notamment le rapport Pi et Sunyer relatif aux Communautés autonomes (éd. Civitas, Barcelone, 1990) qui constate la réduction du nombre de règlements et le développement des lois particulières (p. 107, notes 1 et 2). Voir aussi R. GOMEZ FERRER, « Legislación en materia de urbanismo : competencia de la Comunidad y novedades mas significativas », in *Estudios sobre la Comunidad de Madrid*, Civitas, Madrid, 1987, p. 485 : cet auteur constate (en la critiquant) la tendance du législateur autonome à englober dans la loi des éléments qui devraient être édictés par voie réglementaire.

311 En ce sens, et sur l'introduction de ce concept d'origine italienne et allemande en droit espagnol, voir S. MUNOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, éd. La Ley, Madrid, 1989.

pas aboutir au point d'exclure toute intervention gouvernementale, au titre de la fonction d'exécution qui lui est impartie. Cette « réserve d'administration », que certains auteurs appellent de leurs vœux³¹², apparaîtrait alors comme un instrument de lutte contre la tendance à la microlégislation, en permettant d'interdire à la loi de réglementer les questions qui, par leur nature, relèvent plus de l'exécution que de la détermination des objectifs fondamentaux. Le départ entre la loi et le règlement ne dépend pas d'une répartition matérielle (d'où l'absence de réserve réglementaire), mais dépend de l'attribution de fonctions respectives, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, au Parlement et au Gouvernement. La réserve d'administration se présenterait comme un espace irréductible³¹³, assuré à l'exécutif par le principe de séparation des pouvoirs, et s'opposant à la compétence universelle du Parlement. Une fois définis les grands principes directeurs, une fois posés les fondements d'une législation, conformément à la réserve de loi, et au point que les normes secondaires soient véritablement encadrées par une législation primaire complète, il revient au Gouvernement d'édicter les règles d'exécution, en vertu de la Constitution. Et ici encore, le législateur ne pourrait diminuer les pouvoirs gouvernementaux, en se substituant à l'Exécutif en définissant lui-même les règles d'exécution.

Au total, la juxtaposition à la réserve de loi d'une « réserve de juridiction » et d'une « réserve d'administration », tend à éviter que les pouvoirs juridictionnel et exécutif perdent toute indépendance au profit du pouvoir législatif. L'objectif est de cantonner ce dernier à la compétence constitutionnelle qui lui est reconnue, c'est-à-dire au champ des réserves de loi.

Ces données doctrinales une fois posées, il faut constater que le Tribunal constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur la validité de certaines d'entre elles, lors de la décision 166/86 du 19 décembre 1986³¹⁴. Était en cause la constitutionnalité de la loi 7/83, validant le décret-loi portant expropriation du groupe RUMASA. Celui-ci opérait lui-même l'expropriation de ce holding, en dérogation au régime général de l'expropriation, prévu par des lois distinctes³¹⁵. La question posée au Tribunal constitutionnel était de savoir si une telle expropriation pouvait être réalisée intégralement par une loi particulière, l'article 33.3 de la Constitution prévoyant que la privation de propriété doit intervenir « conformément aux dispositions légales ». Les requérants avançaient l'argument selon lequel il ne pouvait être établi de loi particulière pour déposséder spécialement une personne déterminée. La seule possibilité aurait été de procéder à l'expropriation sur la base de dispositions législatives déjà en vigueur, et de définir sur ce fondement la nécessité publique et les modalités d'indemnisation. Était évoquée la violation du principe d'égalité et l'atteinte portée au droit d'ester en justice³¹⁶.

312 Ainsi : L.-M. DIEZ PICAZO, « Concepto de ley y tipos de ley », *op. cit.*, p. 517. *Contra* : E. GARCIA DE ENTERRIA, préface à l'ouvrage de F.-J. ENERIZ, *La ordenación del territorio en la legislación de Navarra*, éd. NAP-Civitas, Onati, 1991, p. 19 (cité par M.-M. RAZQUIN LIZARRAGA, *op. cit.*).

313 Cette terminologie est empruntée au Tribunal constitutionnel allemand. Plus généralement, sur l'origine allemande du concept de réserve d'administration, voir A. JIMENEZ BLANCO, « La función legislativa y la reserva de administración : notas sobre un nuevo concepto », in *Las Cortes generales*, vol. 2, IEF, Madrid, 1987, p. 1445 et s.

314 JC, t. 16, p. 545.

315 Sur cette affaire, voir A. GALLEGO ANABITARTE, « L'expropriation du groupe espagnol RUMASA (sur la non-inconstitutionnalité du décret-loi du 23 février 1983) », *RDP* 1984, p. 363.

316 Cf. les *Antecedentes* de la décision.

Tout en affirmant la validité des expropriations par voie de loi spéciale, le Ministère public admet que « la capacité d'exproprier est habituellement considérée comme un pouvoir administratif »³¹⁷. Il reconnaît ainsi que le pouvoir législatif s'est, dans cette affaire, au moins partiellement substitué au Gouvernement.

Dans les motifs de sa décision, le Tribunal constitutionnel élabore un véritable cadre juridique pour les lois particulières. Il commence par énoncer qu'aucune disposition constitutionnelle ne prescrit une structure formelle déterminée pour les lois. En conséquence, celles-ci peuvent revêtir la forme de lois singulières, qui peuvent être définies comme celles ayant vocation à régir une hypothèse factuelle particulière et qui épuisent leur efficacité par l'adoption et l'exécution de la mesure prise par le législateur pour réguler cet élément factuel³¹⁸. Cependant, il existe des principes constitutionnels qui restreignent la possibilité d'édicter de telles lois particulières, tant et si bien que ce type de loi ne peut intervenir que de façon exceptionnelle³¹⁹.

Le premier de ces principes réside dans la vocation à la généralité des lois. Celle-ci résulte de la consécration de l'égalité comme norme à valeur constitutionnelle. Cette norme prohibe les discriminations arbitraires ou injustifiées. Or, la loi particulière se présente comme l'hypothèse extrême de la loi de différenciation. Il en résulte que ce type de loi « doit correspondre à une situation également particulière ». C'est donc la particularité de la situation de fait qui doit justifier que l'intervention législative se fasse selon cette modalité spécifique. La vérification du respect du principe d'égalité implique des restrictions à l'utilisation des « *leyes de caso unico* ».

Une autre cause de restriction est due au fait que « le contenu matériel des lois particulières est au moins en partie, une activité exécutive et, en conséquence, lesdites lois constituent une intervention du législateur dans le champ de compétence du gouvernant et de l'administrateur ». Le Tribunal constitutionnel admet que la logique des lois particulières les amène à se substituer au pouvoir réglementaire : le Parlement a conduit sa législation au-delà de ce qu'imposait le respect de la réserve de loi. Reste à examiner la manière dont peut être traité juridiquement un tel phénomène. La juridiction constitutionnelle ajoute ainsi que « on ne peut méconnaître le fait que la Constitution octroie le pouvoir législatif de l'État aux *Cortes Generales* – article 66.2 – et l'exécution au gouvernement – article 97 » ; en conséquence, cette séparation doit être normalement respectée afin d'éviter le déséquilibre institutionnel impliqué par la pénétration d'un de ces pouvoirs sur la fonction propre de l'autre ». Il semble bien que soit ici consacrée la théorie exposée tout à l'heure, selon laquelle la Constitution assigne aux organes constitués des fonctions précises, interdisant par suite qu'un de ces organes ne modifie cette répartition constitutionnelle. Et c'est effectivement l'équilibre institutionnel, voulu par le texte constitutionnel, qui est en cause, si le législateur s'arroge l'exercice des fonctions attribuées aux autres organes constitutionnels. Cette décision paraît consacrer l'existence d'une réserve d'administration, basée sur la Constitution et qui prohibe l'irruption du législateur dans la fonction exécutive, conférée au Gouvernement. Ceci implique que « l'adoption de lois particulières doit être limitée à certains cas exceptionnels qui, par leur extraordinaire

317 *Antecedentes* 3.

318 Fondement juridique 10.

319 Fondement juridique 11.

transcendance et complexité, ne peuvent être régulés par les instruments normaux dont dispose l'administration astreinte au respect du principe de légalité ». On retrouve là encore le caractère exceptionnel que doivent revêtir les lois particulières. Après avoir posé en principe que la loi ne doit pas inhiber la fonction gouvernementale d'exécution, le Tribunal constitutionnel, par une motivation constructive, fondée sur un parallèle avec la possibilité pour le Gouvernement de se substituer au législateur en cas d'extraordinaire et urgente nécessité³²⁰, admet que le législateur puisse faire œuvre d'exécution dans une hypothèse déterminée. Il s'agit des rares cas où les instruments normatifs propres à l'Administration seraient inefficaces, du fait de la complexité élevée de l'affaire, rendant ainsi nécessaire l'intervention du législateur.

D'ores et déjà, on doit retenir que le Tribunal constitutionnel admet que le législateur ne peut pas étendre sans limite sa compétence. Il lui faut respecter l'intégrité de la fonction d'exécution gouvernementale. Ce n'est que pour faire face à des situations particulières et inhabituelles que le législateur peut pousser plus avant sa régulation. Et ce sont les caractères propres à cette situation qui justifient la dérogation que constitue la loi particulière vis-à-vis de la loi générale.

Ceci posé, le Tribunal constitutionnel applique la solution dégagée quant aux lois particulières à celles concernant l'expropriation : « Le pouvoir d'exproprier, ... a toujours été considéré comme une fonction administrative attribuée, en conséquence, aux organes de l'administration, même si ceci n'est pas un obstacle à ce que le législateur exerce ce pouvoir lui-même lorsque le justifie une situation exceptionnelle, considérant l'absence de réserve de la matière de l'expropriation en faveur de l'Administration ». Et l'on perçoit clairement que la « réserve d'administration » ne s'analyse pas en une réserve matérielle, à la différence de la réserve réglementaire, mais en une attribution fonctionnelle, à laquelle il peut être dérogé en cas de situation de fait exceptionnelle. Si la matière de l'expropriation n'est pas réservée au règlement, le pouvoir de mettre en œuvre une expropriation dans les cas et selon les procédures définies par la loi, est considéré comme une fonction typiquement exécutive, appartenant en propre à l'Administration.

Le Tribunal constitutionnel en déduit la validité, dans le cas RUMASA, de l'expropriation opérée *ope legem*. Pour ce faire, il rejette le moyen fondé sur le « déficit contentieux » de la loi, mettant en avant la possibilité pour les expropriés de demander au juge la soumission au Tribunal constitutionnel d'une question de constitutionnalité³²¹.

Restera pour la juridiction constitutionnelle espagnole à confirmer la portée de la motivation de la décision 166/86. En tout cas, en l'état actuel, celle-ci pose des limites strictes à la légifération, en sauvegardant un espace de compétence au profit du Gouvernement. Sera-t-elle de nature à freiner la « légifération » progressive de l'ordonnancement ?

En supprimant toute idée de réserve réglementaire, les constituants ont opté pour une conception de la réserve de loi faisant de celle-ci une compétence minimum de l'acte législatif. La principale conséquence est l'absence de règles de police permettant de cantonner le législateur à la définition des règles

³²⁰ Article 86-1.

³²¹ Fondement juridique 15. Le Tribunal constitutionnel italien adoptera une position identique dans la décision 62/93. Cf. conférence de presse du Président Casavola, *Cuadernos de la fabrique Furio Cerioli*, 1994, n° 7, p. 163.

fondamentales, conditionnant les grands choix politiques. Le risque est de tomber dans les travers italiens de la microlégislation, avec l'engorgement corrélatif du Parlement.

Certes, la compensation de l'absence de réserve réglementaire réside dans l'existence de larges voies de dérivation, permettant au Gouvernement de suppléer le Parlement³²². Mais, la généralisation de leur usage aboutirait à une situation paradoxale : le Gouvernement se substitue au Parlement pour légiférer, parce que celui-ci s'est lui-même substitué au Gouvernement en légiférant l'exécution des décisions qu'il a édictées.

C'est pour éviter ce paradoxe que la doctrine s'est orientée vers l'élaboration de techniques juridiques permettant d'aboutir à un cantonnement « par l'importance » : délégalisation, « réserve d'administration ». On verra ultérieurement que la théorie des règlements indépendants, fondée elle aussi sur une certaine conception de la réserve de loi, permet de limiter l'hégémonie législative, palliant là encore l'absence de réserve réglementaire.

Section II

LA RÉSERVE DE LOI COMME PARAMÈTRE DU CONTRÔLE DE LA LOI

La conséquence immédiate de l'inclusion de réserves de loi au sein du bloc de constitutionnalité est de convertir cette institution en un moyen contentieux, invocable notamment devant le juge constitutionnel. Celui-ci va ainsi contrôler que le législateur a correctement exercé sa compétence. En particulier, il vérifiera que les renvois opérés par le Parlement au profit du pouvoir réglementaire, ne s'analysent pas en de véritables habilitations. Le Tribunal constitutionnel conditionne de la sorte les renvois législatifs, assurant la pleine effectivité de la réserve de loi.

Ceci posé, on s'apercevra que le seuil à partir duquel est admissible l'intervention réglementaire est parfois variable, pour une même réserve de loi. L'ampleur du renvoi est ainsi facteur du type de régulation à opérer, même si le règlement pris sur cette base revêt nécessairement un caractère exécutif.

§ 1 - LE CONTRÔLE DES RENVOIS LÉGISLATIFS

Une fois reconnue l'existence d'une réserve de loi au sein de la Constitution, il faut en examiner l'effectivité. Naturellement, c'est au juge constitutionnel qu'il revient en premier lieu de mettre en œuvre cette institution, à travers le contrôle de l'acte législatif. La difficulté réside dans la détermination du seuil au-delà duquel ne peuvent aller les renvois législatifs au règlement. C'est sur ce problème qu'a dû se pencher le Tribunal constitutionnel, dès lors qu'est admis le principe du contrôle de ces renvois. À travers cette jurisprudence, le Tribunal a eu l'occasion de préciser concrètement l'ampleur de certaines réserves de loi.

Mais avant d'entrer dans l'examen des décisions statuant sur la réserve de loi, il peut être pertinent de rechercher dans l'histoire constitutionnelle, l'existence d'un précédent relatif au contrôle du plein exercice, par le législateur,

³²² Décrets-lois de l'article 86 et décrets législatifs de l'article 82.

de sa compétence. Tel est précisément le cas de la décision du 2 juillet 1936 du Tribunal des Garanties constitutionnelles³²³, institué par la Constitution de 1931. Il s'agissait d'un recours en inconstitutionnalité perpétré contre une loi du 23 novembre 1935, relative à la réglementation de la production et du marché du sucre. Celle-ci confiait à un organisme administratif la tâche d'édicter des normes de régulation de ce marché, consistant notamment à prévoir des quotas de production et à mettre en place un mécanisme de prix administratifs. Les requérants prétendaient que de telles dispositions, attentatoires à la liberté du commerce et de l'industrie, ne pourraient être définies que par la loi elle-même. En renvoyant ainsi au pouvoir réglementaire l'élaboration des normes régissant la branche sucrière, les *Cortes* auraient en réalité délégué leur compétence législative en violation de l'article 51 de la Constitution alors en vigueur, selon lequel le peuple exerce le pouvoir législatif par l'intermédiaire des *Cortes*. Le Tribunal constitutionnel avait donc à juger de la validité des renvois opérés en cette matière par la loi.

Les juges constitutionnels commencent par vérifier que les capacités normatives conférées à cet organe administratif sont strictement encadrées. En effet, celui-ci doit tenir compte d'un certain nombre de critères, énoncés par la loi, qui conditionnent l'intervention régulatrice de la Commission arbitrale mixte. À tel point, que celle-ci, soumise aux principes directeurs énoncés dans la loi, ne possède qu'un faible pouvoir discrétionnaire, apparaissant plutôt comme un organe exécutif³²⁴. C'est pour cela que la régulation émanant de cette Commission « doit toujours se maintenir à l'intérieur des limites que la loi fixe pour arriver à une régulation de la production de sucre adaptée à la consommation nationale », que l'on peut considérer que le législateur a bien exercé la totalité de sa compétence, renvoyant seulement au pouvoir réglementaire l'exécution de ses prescriptions. Tout en remarquant la relative ampleur du renvoi ainsi validé (mais il est vrai que l'on se trouve en matière économique, et que l'intervention étatique suppose par nature que l'Exécutif dispose d'une certaine marge d'action), il faut surtout en déduire que le Tribunal des Garanties constitutionnelles avait déjà accepté, en son temps, de vérifier que le législateur ne s'était pas dépossédé de sa compétence, en procédant à un renvoi au profit du pouvoir réglementaire. En ce sens, il devait préfigurer l'attitude du Tribunal constitutionnel issu de la Constitution de 1978.

A. - Le principe du contrôle

L'acceptabilité du contrôle sur les renvois législatifs à l'Exécutif suppose la résolution d'une question préalable. Il faut en effet définir le concept de réserve de loi. Si celle-ci se contente d'établir une compétence législative, sans préjuger de l'utilisation de cette compétence par le législateur, alors ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour opérer des renvois au règlement. Ce n'est que si la réserve de loi, outre la compétence qu'elle institue, impose en plus au législateur l'exercice effectif de cette attribution, que le Tribunal constitutionnel pourra vérifier le respect de cette obligation.

En se prononçant, à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité d'une loi, sur la recevabilité du moyen fondé sur la violation de la réserve de loi, le

Tribunal constitutionnel déterminait implicitement sa conception de la réserve de loi. C'est ce qu'est advenu dans la décision 5/81 du 13 février 1981³²⁵.

L'alinéa 7 de l'article 27 de la Constitution réserve à la loi le soin de définir les modalités de participation des enseignants, des parents et des élèves à la gestion des établissements financés sur fonds publics. Or, la loi organique déferée, relative aux statuts des centres scolaires (LOECE), avait bien établi une structure fondamentale applicable aux établissements publics, précisant en détail la composition des principaux organes de direction et le contenu de leurs attributions, mais s'était limitée, pour les établissements privés recevant des fonds publics, à établir une définition générique des mêmes organes, renvoyant leur régulation précise au règlement intérieur de ces établissements. Pour le Tribunal constitutionnel, si le renvoi législatif est envisageable, il ne doit concerner que des questions de détail, n'affectant pas la réserve de loi. S'agissant du cas des établissements privés, « cette disposition est inconstitutionnelle et nulle, puisqu'elle renvoie au règlement intérieur des matières réservées à la loi ». Le Tribunal censure l'abandon de compétence du législateur : c'est à lui seul que revient de fixer les principes de participation des différents partenaires du système éducatif ; il ne peut renoncer à cette tâche au profit d'une norme subalterne. Et c'est parce que la LOECE n'avait pas suffisamment développé ses prescriptions à propos des établissements privés, qu'elle est censurée sur ce point.

Dès l'origine, la juridiction constitutionnelle retient une définition substantielle de la réserve de loi, choisissant de l'imposer aussi au Parlement. Elle devait d'ailleurs exposer explicitement cette position dans la décision 58/82, du 27 juillet 1982³²⁶. Le Tribunal précise que la réserve de loi représente à la fois une interdiction pour le pouvoir réglementaire de procéder à une régulation *praeter legem* et « aussi une obligation pour le législateur » de régir lui-même la matière concernée. Ceci témoigne de la nature impérative de la réserve vis-à-vis du législateur : il s'agit d'un mandat auquel celui-ci ne peut renoncer. Peu de temps auparavant, le Tribunal avait confirmé ses capacités de juger le contenu des renvois législatifs en annulant une loi de la Communauté autonome basque renvoyant au gouvernement autonome la détermination des principaux éléments constitutifs d'une imposition³²⁷. On comprend alors la remarque du professeur Rubio Llorente (par ailleurs membre du Tribunal constitutionnel), pour qui la réserve de loi constitue « une limitation que la Constitution impose au pouvoir dont le législateur démocratique dispose pour attribuer à l'Administration la faculté de réguler par lui-même certaines matières déterminées »³²⁸.

Mais c'est la décision 83/84 du 24 juillet 1984, qui va véritablement poser les bases abstraites de l'examen des renvois législatifs. Elle va définir le type de rapports qui doivent s'établir entre la loi et le règlement dans les matières où il existe une réserve de loi. Et c'est de cette conception des relations entre la loi et le règlement au sein des réserves de loi, que va dépendre la possibilité d'un report du législateur sur l'Exécutif.

En premier lieu, le Tribunal constitutionnel commence par affirmer que la couverture d'une matière par la réserve de loi n'exclut pas en elle-même la possibilité qu'interviennent, pour sa régulation, des normes réglementaires. En conséquence, les lois peuvent contenir des renvois au profit de l'Exécutif. La

323 Reproduite par M. Bassols Coma, in *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la segunda República Española*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1981, p. 141 et s.

324 Fondement légal 2.

325 JC, t. 1, p. 62.

326 JC, t. 4, p. 200.

327 STC 37/81, du 16 novembre 1981 ; JC, t. 2, p. 293.

328 « Rango de ley, valor de ley, fuerza de ley », RAP 1983, n° 100/103, vol. 1, p. 478.

réserve de loi n'a pas pour objet de supprimer totalement l'intervention gouvernementale sur la matière considérée ; elle ne fait que la conditionner. Autrement dit, la loi n'a pas l'obligation de réguler l'intégralité d'une matière. Elle dispose de la faculté, une fois épuisée sa compétence obligatoire, de renvoyer certains éléments à l'Exécutif. Mais ce renvoi s'analyse en une simple faculté (et non en une obligation), considérant l'absence de réserve réglementaire.

Toutefois, la réserve de loi traduit un certain nombre d'exigences quant à l'ampleur des renvois opérés. Ceux-ci doivent être tels qu'ils restreignent effectivement l'utilisation du pouvoir réglementaire à un complément de la régulation légale. La régulation par voie de règlements doit être complémentaire de la législation. Les relations entre les deux types d'actes au sein de la réserve de loi sont donc des relations de collaboration internormative : Le règlement doit préciser les normes déjà posées par le Parlement, en les prolongeant, mais sans innover. Et d'ailleurs, le Tribunal prend soin de préciser que ce complément de la régulation légale doit être indispensable pour des motifs techniques ou pour optimiser l'accomplissement des finalités proposées par la Constitution ou par la loi. Ainsi, le recours législatif au règlement doit non seulement avoir pour seul objet de compléter l'œuvre parlementaire, mais en plus doit-il être justifié par des motifs objectifs (justification technique), ou d'efficacité (appréciée par rapport au résultat à atteindre d'après la Constitution ou la loi). Ce sont ces critères qui serviront à juger la régularité des renvois opérés par la loi.

En particulier, le critère du complément implique que la régulation réglementaire doit être dépendante et étroitement subordonnée à la loi. Aussi, celle-ci doit être suffisamment précise pour encadrer l'exercice des pouvoirs normatifs reconnus au Gouvernement. Est proscrit de la sorte, le recours aux « habilitations génériques » : la loi ne peut autoriser le pouvoir réglementaire à agir de façon inconditionnée et avec toute latitude. Il est nécessaire que le contenu du règlement puise sa source dans les dispositions législatives. La loi n'est pas une norme qui fonde la compétence du règlement, mais c'est l'énoncé législatif qui doit déterminer l'énoncé réglementaire. Dans les matières réservées, la loi ne peut se borner à servir de simple médiation formelle, et ne peut se limiter à transférer au pouvoir réglementaire les capacités de régulation qui sont les siennes, « ce qui supposerait une altération de la réserve instituée par la Constitution en faveur du législateur »³²⁹. C'est une fois accomplie cette compétence que l'intervention normative de l'Exécutif pourra être effective, en tant qu'elle sera nécessairement assujettie aux prescriptions émanant du Parlement.

En effet, la réserve de loi interdit que les renvois législatifs rendent possible une réglementation indépendante et non strictement subordonnée à la Loi. C'est dire que le règlement doit être seulement exécutif de la loi et qu'il ne peut exister, dans les matières en question, de règlement dont le contenu normatif est matériellement indépendant de l'acte législatif sur lequel il se fonde. Dans le cas contraire, le résultat serait alors le même que celui découlant de l'admission du règlement indépendant *praeter legem*, or le principal effet de la réserve de loi est justement de prohiber le règlement indépendant³³⁰. Quel serait l'intérêt de cette interdiction, si le législateur pouvait édicter des lois qui, dépourvues de régulation substantielle, se contenteraient d'autoriser le règlement à définir des normes de

329 Fondement juridique 4.

330 Voir en ce sens, STC 37/87 du 26 mars 1987, JC, t. 17, p. 405, Fondement juridique 3.

fond, recréant ainsi la possibilité d'un règlement indépendant dans les matières réservées ?

En réalité, l'objet de la réserve de loi est précisément d'empêcher que l'Exécutif se substitue au législateur³³¹. La réserve de loi implique que le pouvoir réglementaire ne dispose d'aucune faculté discrétionnaire, contrairement à la loi. Il doit intervenir dans les limites que lui impartit la loi, pour opérer un simple développement des prescriptions législatives. Lorsque le constituant a réservé à la loi une matière déterminée, son intention est de confier au Parlement le processus de détermination des choix politiques sur celle-ci, c'est-à-dire la définition de l'intérêt général, et d'en exclure concomitamment le Gouvernement.

C'est ce qui explique que ce dernier ne soit pas dans la même situation que le législateur du point de vue de ses capacités normatives : à l'intérieur du cadre constitutionnel, le Parlement dispose d'une marge de détermination, traduisant la sélection d'une politique à mener (le contrôle de constitutionnalité permettant seulement de s'assurer de la régularité juridique de l'expression normative donnée à cette politique, mais non de la validité de cette politique elle-même), tandis que le Gouvernement ne possède pas, au moins dans les matières réservées, un pouvoir normatif initial. Mais cette limitation du rôle du règlement, imposée par les réserves de loi, n'est possible que dans deux hypothèses : soit la loi dispose une régulation de la matière suffisamment étoffée pour imposer des prescriptions au règlement, soit le renvoi contient lui-même des directives définissant notamment les objectifs et les éléments à prendre en considération par le pouvoir réglementaire afin d'encadrer sa régulation.

Ainsi, dans la décision 178/89, le Tribunal constitutionnel refuse la censure, sur le fondement de la réserve de loi, d'un article d'une loi qui, tout en procédant à un renvoi, établit « les critères ou les principes qui doivent encadrer la réglementation gouvernementale avec suffisamment de précision de telle sorte que ce renvoi ne puisse être considéré comme inconditionné ou sans limites »³³². De la même façon, la Cour constitutionnelle avait déjà eu l'occasion de contrôler qu'étaient définis, par la loi, de façon suffisamment explicite, les cas et les formes d'intervention de l'Administration, ainsi que les éléments matériels sur lesquels elle doit fonder sa régulation du droit de propriété, pourtant couvert par la réserve de loi³³³.

Naturellement, le fait d'imposer que les renvois encadrent, par leurs dispositions, l'exercice du pouvoir réglementaire ne préjuge pas des éventuelles violations de celles-ci lors de l'édiction des règlements. Mais il appartiendra alors aux juridictions compétentes d'invalidier ces actes. L'obligation d'encadrer législativement la régulation par voie décrétable a ainsi une conséquence très importante du point de vue contentieux : Elle permet de donner prise à un contrôle effectif de ces règlements. Consécutivement à l'interdiction des renvois inconditionnés, il existe nécessairement des normes de fond législatives, auxquelles sont susceptibles d'être confrontés les règlements intervenus au sein de la réserve de loi. Celle-ci permet donc indirectement de satisfaire les exigences du contrôle juridictionnel.

331 En ce sens, STC 99/87, du 11 juin 1987 ; JC, t. 18, p. 390, Fondement juridique 3 : « *habrà de ser solo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa* ».

332 STC 178/89, du 2 novembre 1989 ; JC, t. 25, p. 357, Fondement juridique 7.

333 STC 37/87, précitée.

Au total, l'examen des renvois législatifs vise avant tout à vérifier que le pouvoir réglementaire est bien cantonné à une fonction d'exécution de la loi. Il s'agit de compléter « en amont », l'œuvre des juridictions administratives qui censurent toute intervention spontanée du règlement sur une réserve de loi, en s'assurant que le législateur limite effectivement le champ réglementaire.

En témoigne l'impossibilité pour le Parlement de procéder, à travers les renvois, à une répartition des compétences entre la loi et le règlement. C'est ainsi que de nombreuses décisions du Tribunal constitutionnel prohibent toute opération de délégalisation dans le cadre de la réserve de loi³³⁴. Ceci signifie que la loi ne peut affecter au règlement un espace propre, affranchi de dispositions législatives. Le législateur ne peut substituer sa délimitation des compétences à celle découlant de la Constitution. Tel serait bien le cas s'il ouvrait à l'Exécutif un secteur inclus dans une réserve de loi et exempt d'éléments législatifs (soit parce que ce secteur n'en contient pas, soit parce que la loi autorise implicitement ou explicitement la modification des dispositions législatives existantes). En ce cas, le pouvoir réglementaire disposerait d'une capacité de décision initiale et inconditionnée, sur le secteur délégalisé, ce qui (on l'a vu) est incompatible avec la réserve de loi.

En s'engageant dans la vérification de la conformité à la Constitution des renvois législatifs, le Tribunal constitutionnel fait ressortir la propriété délimitatrice des compétences de la réserve. Le critère de décision réside dans la vérification des capacités de la loi déferée à circonscrire la régulation réglementaire qu'elle appelle de ses vœux, afin que puisse s'instaurer une continuité entre les deux types de dispositions normatives. Incontestablement, la juridiction constitutionnelle, en retenant cette conception de la réserve comme une norme susceptible de s'imposer aussi au Parlement, accroît son contrôle sur celui-ci. D'autant plus que c'est elle qui décide en dernier ressort, selon sa propre appréciation, du bon exercice par le législateur de sa compétence. Voyons quelques exemples.

B. - Les applications du contrôle

À de nombreuses reprises, le moyen fondé sur la violation de la réserve de loi a été soulevé devant le juge constitutionnel, à l'occasion de l'exercice de ses différentes compétences. Et, tout naturellement, il s'est notamment penché sur l'ampleur de la réserve de loi dans les matières historiquement incluses.

Tel est le cas pour la réserve fiscale. Nombreuses sont les dispositions constitutionnelles renvoyant à la loi pour établir les impositions³³⁵. C'est sur l'ensemble de ces articles que s'est fondé le Tribunal constitutionnel pour contrôler les renvois opérés par les lois en matière fiscale.

Dans la première décision relative à la réserve fiscale, le Tribunal annule une loi de la Communauté autonome basque conférant au Gouvernement la possibilité d'instituer une redevance nécessaire au financement d'une bourse de transaction pour le transport terrestre de marchandise. Selon le juge constitutionnel, il s'agit là d'une délégalisation, incompatible avec les articles

³³⁴ Par exemple, STC 83/84, et STC 37/87, précitées.

³³⁵ Article 31.3 : « Des prestations personnelles ou patrimoniales de caractère public ne pourront être établies que conformément à la loi » ; article 133.1 : « Le pouvoir de créer des impôts appartient exclusivement à l'État, qui l'exerce par une loi » ; article 133.2 « Les Communautés autonomes et les collectivités locales pourront établir et exiger des impôts, en accord avec la Constitution et les lois » ; article 133.3 : « Tout avantage fiscal qui affecte les impôts de l'État devra être établi en vertu d'une loi ».

31.3 et 133.2, le législateur autonome s'étant abstenu de déterminer les éléments essentiels de l'impôt, renvoyant leur détermination au gouvernement de la Communauté³³⁶. On constate ici combien est large la réserve fiscale, puisqu'elle inclut « non seulement les impôts (*impuestos, tasas y contribuciones especiales*), mais aussi d'autres contributions, comme les cotisations de sécurité sociale, les redevances, les tarifs des services publics, les prix publics..., qui se développent aux alentours du droit fiscal, sous couvert du phénomène de la parafiscalité »³³⁷.

Le Tribunal devait par la suite transposer cette jurisprudence du plan autonome au plan national dans la décision 6/83 du 4 février 1983³³⁸. Il réitère que « la création *ex novo* d'un impôt et la définition de ses éléments essentiels ou déterminants... appartient toujours à la loi et ne peuvent être en aucun cas laissés au pouvoir réglementaire ». La Haute juridiction rejoint ainsi la majorité de la doctrine qui, relevant le parallélisme avec l'article 23 de la Constitution italienne, avait considéré que la réserve de loi en matière fiscale était seulement, compte tenu de la terminologie employée pour l'établir, une réserve relative³³⁹. Ceci signifie que la réserve de loi ne couvre pas l'intégralité de la matière et, en particulier, que peuvent être renvoyés à l'Exécutif la connaissance de certains aspects non essentiels³⁴⁰.

La recherche de l'essentialité en matière fiscale est compliquée par la variabilité de ce caractère en fonction des différentes composantes de l'imposition. Le Tribunal constitutionnel a ainsi précisé que « la réserve de loi en matière fiscale ne concerne pas également tous les éléments composants de l'impôt »³⁴¹ : L'intervention législative obligatoire est maximum quand elle concerne le fait imposable ; elle est au contraire moins importante lorsqu'il s'agit des autres éléments de l'impôt. Le renvoi réglementaire est toutefois possible lorsque sont en cause des données techniques, comme la correction des variations inflationnistes dans un système de taxation des plus values³⁴².

Reste à savoir ce que recouvre la notion d'éléments essentiels de l'impôt. Selon les dires mêmes de la décision 6/83, il s'agit des éléments caractéristiques de l'imposition, en tant qu'ils permettent de la distinguer et de la particulariser par rapport aux autres prélèvements fiscaux. Ceux-ci comprennent sûrement l'assiette de l'impôt, c'est-à-dire les opérations ou les matières imposables, ainsi que les

³³⁶ STC 37/81 ; JC, t. 2, p. 293 ; Fondement juridique 4. Cf. C. PALAO TABOADA, *De la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Instituto Fernando El Católico, Saragosse, 1985, p. 438, 439.

³³⁷ A. RODRIGEZ BEREJO, « El sistema tributario en la Constitución », *REDC* 1992, n° 36, p. 27.

³³⁸ JC, t. 5, p. 27.

³³⁹ Voir par exemple, F. PEREZ ROYO, « Relaciones entre normas primarias y normas secundarias en el derecho tributario », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, 1979, vol. 3, p. 1655 (toutefois, cet auteur fait cas à part de la réserve prévue à l'article 133.3 qui, en tant que réserve absolue, traduirait un renforcement du principe de légalité fiscale). Voir aussi, dans le sens de la relativité de la réserve fiscale, E. GONZALEZ GARCIA, « El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978 », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, op. cit., p. 974 et s., et C. LOZANO SERRANO, « Las fuentes del derecho en la Doctrina y en la jurisprudencia constitucional : aplicación al ordenamiento financiero », *RAP* 1982, n° 99, p. 123 et les auteurs cités à la note 34.

³⁴⁰ D'après le Tribunal constitutionnel, cette réserve de loi « debe entenderse referida a la potestad "originaria" del eslabamiento de los tributos, pero no, en cambio, a cualquier tipo de regulación de la materia tributaria ».

³⁴¹ STC 221/92, du 11 décembre 1992, JC, t. 34, p. 1115, FJ 7.

³⁴² Même décision. Voir toutefois l'opinion dissidente du juge Gabaldon Lopez, qui considère que le Gouvernement disposant d'un pouvoir discrétionnaire pour opérer cette correction monétaire, il s'agit là d'une méconnaissance de la réserve de loi (JC, t. 34, p. 1136).

données relatives à la détermination de son montant, et en particulier la fixation du taux et du barème de l'imposition. S'agissant de ce dernier élément, le Tribunal constitutionnel a eu l'occasion de censurer, dans deux décisions, des dispositions législatives attribuant aux administrations municipales le pouvoir de fixer librement le taux d'un impôt qui leur était affecté³⁴³.

Concernant toujours le champ de la réserve de loi en matière fiscale, il faut constater que la Constitution a pris soin d'individualiser, à l'article 133.3, l'hypothèse des avantages fiscaux.

Pourtant cette disposition pourrait sembler superfétatoire, dans la mesure où ceux-ci font sûrement partie des éléments configurateurs de l'imposition. L'intérêt de cette affirmation explicite réside dans le caractère incontestable de l'attribution ainsi réalisée au profit du législateur. Ceci est d'autant plus important que si le pouvoir normatif appartient bien au Parlement, celui-ci doit obtenir l'accord préalable du Gouvernement pour toute initiative financière, tendant à diminuer les ressources publiques ou à augmenter les dépenses publiques³⁴⁴. Tel est naturellement le cas pour les avantages fiscaux qui représentent le type même de la « dépense fiscale ». L'affirmation expresse de la réserve de loi permet de délimiter clairement la répartition des compétences, pour la définition des avantages fiscaux, entre le Parlement et le Gouvernement : c'est ce dernier qui contrôle l'initiative en la matière, mais seul le législateur dispose du pouvoir de décision finale, ce qui se traduit par la nécessaire inclusion de ces avantages dans un acte législatif.

Enfin, il faut signaler que le Tribunal constitutionnel a rattaché à la notion d'avantages fiscaux, les exonérations et les déductions d'impôt³⁴⁵. Mais là encore la réserve de loi de l'article 133.3 à une portée seulement relative : elle couvre certainement l'établissement de ces avantages, mais non l'intégralité de leur régulation³⁴⁶. À l'instar de la réserve fiscale, le droit de propriété est lui aussi partie prenante, traditionnellement de la réserve de loi. Tel est le cas dans la Constitution de 1978, qui prévoit à l'article 33.2 que la fonction sociale de ce droit délimite son contenu, en accord avec les lois. Ayant à interpréter cette disposition, le Tribunal constitutionnel considère qu'elle n'interdit pas l'intervention complémentaire du règlement pour délimiter le contenu de la propriété privée, « qui doit certainement être régulé par la Loi, mais aussi par l'Administration – en accord avec les lois – lorsque celles-ci réclament l'intervention réglementaire »³⁴⁷. Les requérants prétendaient que la loi de la Communauté andalouse déferée portait atteinte à la réserve de loi, en autorisant l'édiction de règlements fixant les critères objectifs d'obtention du meilleur rendement de la terre et de ses ressources, et établissant les mesures à adopter pour la protection du sol et la conservation de la nature. Ils soutenaient que la loi de réforme agraire avait ainsi renoncé à la définition du contenu du droit de propriété foncière au profit de l'Exécutif communautaire, ces divers règlements

entraînant plusieurs types d'atteintes à la propriété, comme l'obligation de pratiquer certaines cultures déterminées, l'obligation de recourir à certains procédés de culture ou la dépossession de l'usufruit pendant un délai comme sanction du non respect de la fonction sociale de ce droit.

Le Tribunal rejette le moyen en se fondant sur le caractère « atténué » de la réserve en matière de propriété³⁴⁸, la loi ayant défini les bases des obligations des propriétaires de terrains agricoles et des mesures d'intervention publique qui peuvent être décidées. Ainsi, l'exercice du pouvoir réglementaire est suffisamment encadré par des prescriptions législatives adéquates.

Cette admission du pouvoir réglementaire dans la configuration du droit de propriété se justifie par sa conception sociale : celui-ci inclut, pour sa définition, l'intervention étatique. Pour chaque catégorie de bien, il appartient à l'État de configurer le droit de propriété, en arbitrant entre l'intérêt individuel et l'intérêt social. C'est donc dans le cadre plus général de l'interventionnisme économique qu'il faut apprécier la place faite au pouvoir réglementaire pour la régulation du droit de propriété. Il en va de même pour les professions réglementées.

L'article 36 prévoit en effet que « la loi déterminera les particularités propres aux ordres professionnels et à l'exercice des professions assujetties à la possession d'un diplôme ». Ceci est un motif de censure pour une loi se limitant à prévoir que l'établissement des officines pharmaceutiques est contingenté par voie réglementaire, sans déterminer les fins et les critères sur lesquels doit se baser l'Administration pour établir cette régulation³⁴⁹. Toutefois, il semble que le Tribunal suprême n'ait pas pris toute la mesure de l'ampleur de cette réserve de loi, puisqu'il continue à admettre, en la matière, la validité de décrets postérieurs à la Constitution, édictés sur le fondement d'une loi préconstitutionnelle déléguant les conditions d'accès à la profession de médecin spécialiste³⁵⁰.

Une autre réserve de loi en matière d'interventionnisme économique résulte de l'article 53.1 de la C.E., aux termes duquel « la loi fixera les règles du commerce intérieur ». Ceci n'interdit pas toutefois que la loi renvoie au règlement la détermination des exigences de capacités professionnelles pour l'exercice de certaines activités commerciales et des conditions pour l'inscription sur le registre du commerce, dès lors qu'il s'agit d'éléments techniques ou purement instrumentaux³⁵¹.

Autre exemple de l'obligation constitutionnelle pour le législateur d'exercer pleinement la compétence qui est la sienne, l'article 103.3 dispose que la loi déterminera le statut des fonctionnaires publics. Développant le contenu de cette réserve, le Tribunal constitutionnel déclare que celle-ci inclut la régulation relative à l'acquisition et à la perte de la qualité de fonctionnaire, aux conditions de promotion dans la carrière administrative, aux droits et devoirs des fonctionnaires, à leur régime disciplinaire et de responsabilité, ainsi que la création de corps de fonctionnaires³⁵². En conséquence de quoi, il annule

343 STC 179/85 du 19 décembre 1985 (JC, t. 13, p. 572) et STC 19/87 du 17 février 1987 (JC, t. 17, p. 167).

344 Article 134.6 : « Toute proposition ou amendement qui suppose l'augmentation des crédits ou la diminution de ressources budgétaires devra obtenir l'avis conforme du Gouvernement pour être pris en considération ». Cet article est évidemment à rapprocher de l'article 40 de la Constitution de 1958 et de l'article 42 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959.

345 STC 6/83, précitée.

346 Même décision. Et ce contrairement à l'opinion exprimée en 1979 par le professeur PEREZ ROYO.

347 STC 37/87 du 26 mars 1987 ; JC, t. 17, p. 405 ; AJC 1987, vol. 3, p. 543, obs. P. CRUZ VILLALON.

348 Fondement juridique 3.

349 STC 83/84, précitée. En l'espèce, il s'agissait d'une loi antérieure à la Constitution.

350 Ces actes se permettent même d'instaurer un *numerus clausus* pour l'accès à cette qualification médicale. Sur cette question particulière, voir J. FERNÁNDEZ PASTRANA, « Medicos especialistas : reflexiones sobre una reciente jurisprudencia », RAP 1990, n° 123, p. 303-316. À rapprocher pour la France, la décision 167 L, du 19 décembre 1991 déclarant que relève des matières réservées à la loi la subordination de l'accès à l'internat de médecine et de pharmacie à un concours (Rec. p. 134).

351 STC 284/93, JC, t. 37, p. 160, FJ 3.

352 STC 99/87, du 11 juin 1987 ; JC, t. 18, p. 390 ; AJC 1987, vol. 3, p. 506, obs. F. MODERNE ; RAP 1988, n° 117, p. 321-365, note F. SAINZ MORENO. Cette réserve serait naturellement à

plusieurs dispositions de la loi déferée. Il en va ainsi d'un article renvoyant au seul Gouvernement pour la détermination des postes de travail devant être réservés à des fonctionnaires publics ; d'un article permettant à l'Exécutif d'établir les conditions d'intégration d'un fonctionnaire dans un corps étranger à son corps d'origine ; d'un autre article l'autorisant à définir les modalités d'accès des fonctionnaires espagnols des organisations internationales aux corps et échelles de la fonction publique nationale ; une autre disposition attribuant au pouvoir réglementaire la libre détermination des périodes de services spéciaux à retenir pour la titularisation d'un fonctionnaire, subit le même sort. Enfin, d'autres éléments législatifs ne doivent leur conformité à la réserve de loi que sous de strictes réserves d'interprétation³⁵³. En effet, dans cette hypothèse là encore, si la réserve de loi ne prohibe pas tout renvoi législatif, elle implique que le pouvoir réglementaire soit strictement conditionné par des normes législatives.

Concernant le régime des incompatibilités, il faut remarquer que si ceci fait incontestablement partie du statut des fonctionnaires publics, l'article 103.3 prend soin de l'énoncer distinctement au rôle de la compétence législative. La décision 178/89 du 2 novembre 1989³⁵⁴, a fourni au Tribunal constitutionnel l'occasion de vérifier que le système d'incompatibilité mis en place par la loi 53/1984 n'avait pas violé la réserve de loi. Il constate que ce texte spécifie nettement les hypothèses et les finalités du mécanisme d'incompatibilité, même s'il renvoie au Gouvernement le soin d'énumérer concrètement les activités professionnelles privées non cumulables avec des fonctions publiques. En conséquence, le pouvoir réglementaire est bien cantonné à l'exécution des prescriptions législatives, qui ont donc respecté la réserve de loi.

Enfin, l'article 103.3 précise expressément que la loi déterminera l'accès à la fonction publique selon les principes de mérite et de capacité, tandis que l'article 23.2 énonce que les citoyens ont le droit d'accéder dans des conditions d'égalité aux fonctions et charges publiques selon les conditions requises par la loi. Par la décision 47/90³⁵⁵, le Tribunal réitère qu'il n'est pas attenté à la réserve de loi « par le simple fait que les critères pour l'accès à une certaine fonction au sein de l'administration publique soient établis par voie réglementaire, considérant que la Constitution rend ceci possible »³⁵⁶. Au total on constate que si l'ensemble du régime de la fonction publique est astreint à la réserve de loi, celle-ci n'exclut pas l'intervention réglementaire, dès lors du moins que le législateur a exercé sa compétence. Néanmoins, elle ne s'étend pas à l'intégralité de la régulation de la matière.

Pour conclure ce panorama, il faut faire référence à cette autre composante classique de la réserve de loi que constitue la réserve pénale. L'article 25 de la Constitution, configure d'après le Tribunal constitutionnel, « le principe de légalité pénale de manière telle qu'il prohibe que la sanction d'une action ou d'une omission soit fondée sur des normes distinctes ou de rang inférieur aux

normes législatives »³⁵⁷. Par la suite, il devait affirmer expressément le caractère absolu de la réserve de loi en matière pénale³⁵⁸.

Cette réserve de loi implique des exigences particulières, eu égard à la matière sur laquelle elle porte. Elle suppose l'existence d'une loi préalable (*lex scripta*), qui doit être nécessairement antérieure (*lex previa*) à la commission de l'infraction et qui doit être suffisamment précise (*lex certa*)³⁵⁹. On retrouve ici l'ensemble des principes inspireurs du droit pénal.

Pour autant, malgré le caractère absolu de la réserve, le Tribunal constitutionnel admet, dans certain cas, le phénomène des lois pénales en blanc. Il s'agit de normes pénales incomplètes, au sein desquelles les éléments de l'incrimination ne sont pas détaillés de façon exhaustive, et dont la mise en œuvre nécessite le recours à d'autres normes. Toutefois, cette admission est subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions³⁶⁰ : le renvoi normatif à la norme ultérieure doit être exprès et justifié en considération du bien juridique protégé par la norme pénale (C'est dire que la catégorie des lois pénales est limitée aux hypothèses où celles-ci sont strictement nécessaires) ; la loi, en plus de déterminer la peine, doit contenir le noyau essentiel de l'incrimination pénale avec une précision suffisante pour que la conduite délictueuse soit suffisamment déterminée par le complément indispensable que constitue la norme à laquelle renvoie la loi pénale. En effet, cette réserve de loi n'aboutit pas à ce que soit seule conforme à la Constitution la description complète et achevée dans la loi pénale des hypothèses de fait pénalement illicites.

À travers ce bref aperçu de la jurisprudence constitutionnelle relative à la réserve de loi, on peut constater que la juridiction constitutionnelle espagnole contrôle effectivement le respect de ce qui apparaît comme un véritable moyen contentieux. Les finalités de ce contrôle résident dans la vérification que le législateur n'est pas resté en-deçà de sa compétence et qu'en tout cas, à défaut d'édicter lui-même certaines normes, il a subordonné l'exercice du pouvoir réglementaire à des conditions promptes à interdire que l'Exécutif dispose d'une faculté discrétionnaire d'action.

Naturellement, ceci n'est pas sans affecter les actes réglementaires, qui dans le cadre des matières réservées à la loi, ne peuvent édicter que des dispositions résiduelles par rapport à la régulation législative.

§ 2 - L'INTENSITÉ DU RENVOI LÉGISLATIF

Le contrôle des renvois législatifs n'est pas clos par la décision du Tribunal constitutionnel. Il poursuit ses effets ultérieurement. En effet, la réserve de loi implique une collaboration internormative entre la loi et le règlement. Ceci

rapprocher de l'article 34 de la Constitution française, prévoyant que relèvent du législateur les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État.

³⁵³ Par exemple, l'article 3.2 h.

³⁵⁴ JC, t. 25, p. 357 ; *AJJC* 1989, vol. 5, p. 414, obs. P. CRUZ VILLALON.

³⁵⁵ 20 mars 1990, JC, t. 26, p. 533 ; *REDC* 1990, n° 30, p. 161-186, note M. PULIDO QUECEDO.

³⁵⁶ Fondement juridique 7.

³⁵⁷ STC 7/81, du 30 mars 1981 ; JC, t. 1, p. 127.

³⁵⁸ STC 15/81, JC, t. 1, p. 245 ; STC 25/84, JC, t. 8, p. 301. Sur cette réserve, voir L. ARROYO ZAPATERO, *REDC* 1983, n° 3, p. 9-46 ; C. LAMARCA PEREZ, « Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española », *REDC* 1987, n° 20, p. 99-135 ; J.-F. LOPEZ AGUILAR, « La reserva constitucional de ley en materia penal », *REDC* 1991, n° 33, p. 105-143 ; R. PUNSET BLANCO, « Las garantías material y formal del derecho fundamental a la legalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 1992, n° 4, p. 101-117 ; S. HUERTA TOCILDO, « El derecho fundamental a la legalidad penal », *REDC* 1993, n° 39, p. 81-113.

³⁵⁹ Cf STC 133/87, JC, t. 18, p. 801.

³⁶⁰ STC 122/87, JC, t. 18, p. 669 ; STC 127/90, JC, t. 27, p. 505 ; STC 118/92, JC, t. 34, p. 104.

signifie, comme on l'a vu, que ce dernier type d'acte doit être encadré par la régulation législative, chargée de poser les normes primaires. Incontestablement, la réserve de loi a donc pour conséquence l'intervention d'un règlement seulement exécutif. Ce sont les caractéristiques propres à ce genre d'acte normatif de l'Exécutif que l'on va s'attacher à décrire.

D'autre part, toujours dans la perspective de l'examen des renvois législatifs par rapport à la Constitution, on peut constater qu'il est des « circonstances » dans lesquelles le Tribunal constitutionnel admet de façon générique, voire favorise, l'appel à la régulation réglementaire. Tant et si bien que les exigences de la réserve de loi semblent être assouplies. L'intensité du renvoi législatif est parfois amoindrie, sans pour autant que le règlement pris sur ce fondement perde son caractère exécutif.

Avant d'entrer dans ces considérations, il faut préciser que la jurisprudence espagnole sur l'incompétence négative du législateur affecte seulement l'espace ouvert par celui-ci au pouvoir réglementaire. Il ne s'agit en aucun cas de contrôler une quelconque attribution du pouvoir réglementaire. En effet, ce pouvoir est propre à l'Administration et ne suppose aucun transfert de la part du législateur : le Gouvernement détient ses capacités normatives en vertu d'une attribution directe de la Constitution, et non du législateur³⁶¹. Ainsi, la détention du pouvoir réglementaire s'affranchit de la médiation de l'acte législatif. En tant qu'elle procède directement de la Constitution, celle-ci est indépendante du législateur. C'est cette norme suprême qui a établi deux pouvoirs normatifs : le législatif et le réglementaire. On retrouve là l'abandon de la théorie de la délégation législative. Comme en France, il semble bien que c'est sous l'angle de celle-ci que la doctrine espagnole, emmenée par le professeur Santamaria de Paredes, ait d'abord analysé les règlements édictés sur le fondement de renvoi législatif³⁶². Par la suite, cette théorie devait être abandonnée, sous l'influence du professeur Adolfo Posada qui, s'inspirant de la pensée de Hauriou, considère que l'explication du pouvoir réglementaire par l'idée de délégation législative ne repose sur aucune base dans la Constitution, considérant que celle-ci établit explicitement l'existence du pouvoir réglementaire³⁶³.

Le Tribunal constitutionnel devait quant à lui constater le caractère « originaire » du pouvoir réglementaire dans la décision 13/88³⁶⁴, rendant ainsi caduque toute tentative d'utiliser la théorie de la délégation législative.

L'objet du contrôle des renvois législatifs se limite donc au champ d'intervention du règlement, la loi ne procédant, de toute façon, à aucun transfert de pouvoir. C'est bien l'ampleur de l'espace ouvert au pouvoir réglementaire qui est examinée, afin de conditionner le règlement comme exécutif de la loi.

A. - L'existence de secteurs à forte détermination réglementaire

Il semble résulter de la jurisprudence constitutionnelle que celle-ci admet de façon générique les renvois opérés dans certains secteurs, quitte à laisser au pouvoir réglementaire une certaine marge de décision. Il s'agit des hypothèses

dans lesquelles l'édition de décrets est mieux adaptée que l'intervention législative, à cause des caractéristiques propres au secteur sur lequel doivent être définies des normes.

Dans sa décision 71/82³⁶⁵, le Tribunal constitutionnel fait référence à cette possibilité. Celle-ci énonce que le recours aux règlements pour compléter une loi relative à la protection des consommateurs est indispensable et justifié par la « complexité technique, la rapidité d'action et la précision normative ». La loi peut donc se contenter de définir le contenu principal du droit à la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs et les lignes directrices des limitations apportées à la libre entreprise afin de satisfaire ce droit, tout en renvoyant la détermination des conditions de fabrication, de distribution, de vente des biens et des services à l'Exécutif. En effet, cette régulation doit être différenciée en fonction de la variété des produits sur lesquels porte la réglementation, doit nécessairement faire appel à des concepts techniques et doit permettre aux pouvoirs publics compétents de défendre la santé et la sécurité « dans la mesure où des situations imprévues menacent ces biens, réclamant en conséquence des actions urgentes et efficaces ». L'admission du renvoi législatif procède de l'analyse des impératifs de la régulation : le règlement est de nature à mieux satisfaire les exigences de rapidité, de précision et de technicité imposées par la nature de la discipline régie. C'est ce qui explique que la satisfaction de la réserve de loi soit assurée, en l'espèce, par le confinement de la loi dans la définition des grandes orientations qui doivent simplement guider l'exercice du pouvoir réglementaire. Dans cette décision, le Tribunal opère une véritable répartition verticale entre la loi et le règlement, distinguant au sein d'une matière ce qui doit impérativement relever de la loi et ce qui peut relever du règlement. Et pour la détermination de ce dernier espace, il est pertinent de recourir à la nature de la réglementation à édicter.

Par la suite, la jurisprudence constitutionnelle devait confirmer l'utilisation de ce type de critère pour contrôler la conformité à la Constitution des renvois législatifs. Ainsi, de façon générale, la décision 108/86³⁶⁶ fait référence à des exigences pratiques qui pourraient légitimer l'intervention réglementaire³⁶⁷, comme la décision 189/89³⁶⁸ énonce que celle-ci est nécessaire, du fait de la nature même de la matière³⁶⁹. Le Tribunal affirme de cette façon sa volonté de tenir compte des nécessités pratiques qui justifieraient une certaine abstention de la loi au profit du pouvoir réglementaire. La détermination de l'ampleur de la réserve de loi, donc de la compétence obligatoire de la loi, doit être effectuée en prenant en considération l'objet de la régulation. Elle est susceptible de varier en fonction du « cahier des charges » des contraintes inhérentes au secteur qui doit être réglementé.

Concrètement, il peut s'agir de la forte mutabilité de la matière. Certaines normes doivent être édictées rapidement afin de faire face à des changements brusques dans les conditions de fait qu'elles régissent. Imposer que celles-ci soient édictées par voie législative impliquerait une certaine rigidité, considérant la plus grande souplesse de modification des actes réglementaires par rapport aux actes

³⁶⁵ Précitée.

³⁶⁶ JC, t. 15, p. 600.

³⁶⁷ « Exigencias de caracter práctico pueden imponer que regulaciones de caracter secundario y auxiliar pueden ser dispuestas por vía reglamentaria » (Fondement juridique 26).

³⁶⁸ JC, t. 25, p. 481.

³⁶⁹ « por la misma naturaleza de la materia, requieren, junto a una prevision legal, una concrecion de caracter reglamentario » (Fondement juridique 3).

³⁶¹ En ce sens, E. GARCIA DE ENTERRIA et T.-R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. 1, 4^e éd., 1983, Civitas, Madrid, p. 269 ; I. de OTTO, *Derecho constitucional-sistema de fuentes*, Ariel, Barcelone, 1987, p. 222.

³⁶² Cf. A. GALLEGU ANABITARTE, « Ley y reglamento en España », *RAP* 1968, n° 57, p. 105 et s.

³⁶³ A. GALLEGU ANABITARTE, *ibid.*

³⁶⁴ Fondement Juridique 4 ; JC, t. 20, p. 134.

législatifs. De plus, la loi est appelée à une plus longue « durée de vie », le règlement pouvant se permettre une certaine instabilité. C'est cette capacité de réaction rapide qui justifie parfois le renvoi à l'Exécutif³⁷⁰. L'aspect changeant du secteur légitime alors ce renvoi, la régulation ne pouvant être figée dans un acte législatif.

De la même façon, le renvoi peut être admis car il concerne des questions techniques. L'idée sous-jacente est que l'Administration est mieux à même de procéder aux arbitrages techniques que le législateur. En effet, elle dispose de toute latitude pour s'entourer des personnalités compétentes, tandis que la procédure parlementaire s'accommode mal des questions techniques, auxquelles sont d'ailleurs étrangers la plupart des parlementaires. L'autre élément qui valide le recours au règlement en matière technique réside dans le fait que les capacités de décision attribuées à l'Exécutif sont étroitement liées à l'état des connaissances scientifiques. Ainsi, le Gouvernement ne possède pas une réelle possibilité de sélection, dans la mesure où son choix est conditionné par des données scientifiques sur lesquelles il n'a pas de possibilités d'action : il doit se borner à sélectionner la meilleure option possible, compte tenu de données qui lui sont extérieures. D'ailleurs, on retrouve ici l'autre justification du pouvoir réglementaire dans la mesure où le recours à ce type d'acte en matière technique s'explique par la nécessité de suivre rapidement l'évolution scientifique et les progrès réalisés.

Le Tribunal constitutionnel a fait référence à plusieurs reprises au caractère technique de la régulation dont le législateur avait renvoyé la connaissance au pouvoir réglementaire³⁷¹, pour constater l'absence de violation consécutive de la réserve de loi.

Là encore, le juge constitutionnel considère *in concreto* les caractéristiques de la régulation pour déterminer les limites de la réserve de loi.

La dévolution des affaires techniques à l'Administration est traditionnellement admise par l'ensemble des juridictions et de la doctrine. C'est ainsi que dans un arrêt du 29 octobre 1985, le Tribunal suprême constate la légalité d'un décret édictant certaines normes techniques sur la protection des immeubles contre l'incendie³⁷² motif pris que : « la seule existence des règlements est indicatif de leur nécessité, reconnue par la Constitution espagnole (art. 97) ; cette nécessité est d'autant plus présente lorsque, comme dans le cas présent, est en cause une véritable « norme technique », éloignée des connaissances de la majorité des parlementaires, élus selon des considérations politiques et non sur des capacités de spécialiste. Sans aller jusqu'à certaines

extrémités, comme par exemple le parti pris par la Constitution française du 5 octobre 1958 (art. 37, 38 et 41), on peut tout de même soutenir qu'il existe des matières, comme le domaine technique, pour lesquels on peut évoquer, ... une « matière réservée au règlement ». Or, l'argument des requérants se fondait justement sur la violation de la réserve de loi. Le Tribunal suprême considère que la régulation déferée n'est pas incluse dans l'espace couvert par cette institution, eu égard au contenu des normes qu'elle édicte. La réglementation technique est censée appartenir au champ d'intervention du règlement, la juridiction se laissant même aller à parler de « matière réglementaire ». Même si cette dernière qualification est contestable³⁷³, il faut remarquer que le Tribunal suprême interprète lui aussi l'emprise de la réserve de loi par rapport aux caractéristiques des normes édictées.

Dès lors qu'est en cause une réglementation technique, la juridiction constitutionnelle et la juridiction ordinaire s'accordent pour reconnaître la possibilité de définir des normes réglementaires, considérant que celles-ci sont *a priori* exclues de la réserve de loi. C'est ce qui explique que le législateur puisse se défaire sur le pouvoir réglementaire des opérations normatives en la matière.

De façon identique, lorsqu'est nécessaire l'édiction d'une réglementation très détaillée dont l'objet est particularisé, le Tribunal constitutionnel admet facilement le renvoi législatif³⁷⁴.

Par cette jurisprudence, le Tribunal constitutionnel facilite le recours au règlement dans des secteurs où celui-ci paraît le mieux placé, compte tenu des caractères inhérents à ce type de norme. Pour cela, il admet facilement que la réserve de loi s'arrête au seuil de ces secteurs, validant ainsi les renvois législatifs qu'il a à contrôler. C'est le grand mérite de cette jurisprudence que de ne pas se satisfaire d'une délimitation *in abstracto* du domaine imparti à la loi : le juge constitutionnel considère les avantages et les inconvénients à faire intervenir la loi ou le règlement pour les aspects qui font l'objet du renvoi. Il s'agit là d'une invitation implicite au législateur d'abandonner à l'Exécutif un certain type de réglementation qui, par sa nature même relève plus de la voie décrétole, afin d'éviter toute « surlégifération » de l'ordonnancement. Avec J. Jimenez Campo, on peut alors se demander si ceci n'aboutit pas à introduire, dans l'ordonnancement espagnol, « un concept de matière réglementaire »³⁷⁵.

Mis à part ces hypothèses, il existe d'autres cas dans lesquels les renvois législatifs sont admis de façon générique. Il en est ainsi en matière de sanctions administratives.

A priori, la possibilité de renvois dans ce domaine peut paraître surprenante. En effet, on sait que l'article 25.1 de la Constitution a consacré, aux dires mêmes

370 Par exemple, STC 86/89 (JC, t. 24, p. 70) : « el tribunal... ha admitido la potestad reglamentaria... en materias que, por su naturaleza cambiante y coyuntural, exijan una actividad normadora que reúna unas características de rapidez y capacidad de ajuste que la Ley no tiene » (Fondement juridique 23). Cette importance de la compétence réglementaire dans les domaines qui requièrent une adaptation constante à des nouvelles nécessités a parfois été soulignée par la doctrine : Cf. L. LOPEZ GUERRA et alii, *Derecho constitucional*, vol. 1, Tirant lo blanch, Barcelone, p. 101.

371 Par exemple, STC 83/84 - précitée - : « ... aun complemento de la regulacion legal que sea indispensable por motivos tecnicos... » (Fondement juridique 4) ; ou STC 47/90 - précitée - : « ... el reglamento puede completar la regulacion legal... sobre todo cuando sea indispensable por motivos tecnicos... » (Fondement juridique 7) ; de même, STC 284/93 - précitée - : « ... no supone una desregulacion vulneradora de la reserva de ley del art. 53.1, en cuanto constituye materia tipicamente reglamentaria, estableciendo requisitos de cualificacion tecnica... ». La Cour constitutionnelle italienne prend elle aussi en considération le caractère technique d'une matière pour admettre largement le renvoi législatif (cf. décision n° 90, du 15 mars 1994, *Giuris. cos.* 1994, p. 857).

372 R. Ar. 5328.

373 Comme on l'étudiera, il n'y a pas dans l'ordonnancement espagnol, de « réserve réglementaire », dans la mesure où aucune matière n'est protégée de l'intervention législative. Il aurait été préférable que le Tribunal Suprême parle simplement de matière non réservée à la loi pour désigner le domaine technique. D'ailleurs, ne sépare-t-il pas lui-même le système français de l'expérience espagnole ?

374 STC 37/87, précitée : « las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localizacion le hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que... solo por via reglamentaria pueden establecerse » (Fondement juridique 3) ; Voir aussi STC 47/90 - précitée - où le Tribunal déclare qu'il serait irréaliste d'imposer au législateur qu'il développe de façon exhaustive le contenu des conditions pour accéder à certains corps de fonctionnaires, considérant que « dichos requisitos habrán de variar sustancialmente en cada caso » (Fondement juridique 7).

375 Souligné dans le texte. « Que es "lo basico" ? Legislacion compartida en el estado autonomico », *REDC* 1989, n° 27, p. 78.

du Tribunal constitutionnel, une réserve absolue de loi³⁷⁶ et que les principes du droit pénal sont applicables, en règle générale, au droit des sanctions administratives³⁷⁷, « considérant que chacune sont des manifestations de l'ordonnement punitif de l'État »³⁷⁸. Toute la question était donc de savoir si la réserve de loi avait un champ d'application identique pour les sanctions administratives.

Le Tribunal constitutionnel s'est prononcé à ce sujet dans la décision 42/87³⁷⁹. Il distingue la portée de la réserve instituée à l'article 25.1 selon qu'elle concerne des infractions pénales ou des infractions administratives, considérant que l'ampleur de cette réserve ne peut être aussi stricte dans cette dernière hypothèse³⁸⁰. Ceci s'explique « soit pour des raisons relatives au modèle constitutionnel de distribution des pouvoirs publics, soit par le caractère incompressible du pouvoir réglementaire dans certaines matières..., soit, enfin, par des exigences de prudence ou d'opportunité qui peuvent varier au sein des différents champs territoriaux³⁸¹ [...] ou matériels ». Ici encore, la juridiction constitutionnelle appréhende le type de régulation qui doit être mis en place pour délimiter le rôle respectif de la loi et du règlement. Ceci est d'autant plus flagrant que le texte qui impartit la compétence législative est identique dans les deux cas. Les juges tiennent compte de considérations pratiques pour justifier la compétence réglementaire. Il est vrai qu'à partir du moment où est admise la possibilité juridique pour l'administration de posséder un pouvoir de sanction, il est aussi concevable d'admettre qu'elle puisse participer, dans une certaine mesure, à la définition des infractions qui sont punissables par ce type de répression : les sanctions administratives se présentent comme une dérogation limitée à la séparation des pouvoirs dans la mesure où l'administration se substitue partiellement aux organes juridictionnels ; dans cette logique, on peut imaginer que l'Exécutif se substitue partiellement au législateur pour déterminer certaines règles relatives à ces sanctions. Quoi qu'il en soit, les sanctions administratives sont l'objet d'une plus faible densité législative que les sanctions pénales. Certes, il doit exister une norme législative qui fonde le pouvoir de sanction de l'administration, mais celle-ci peut prévoir des renvois au pouvoir réglementaire, dès lors que sont établis avec suffisamment de précision les éléments essentiels de la conduite antijuridique³⁸². En effet, si la prédétermination des conduites illicites et des sanctions correspondantes relèvent nécessairement de la loi, les règles précisant ces conduites et régulant ces sanctions peuvent être renvoyées au pouvoir réglementaire³⁸³. Il ne peut exister de règlement *ex lege* introduisant des sanctions administratives, une loi étant toujours nécessaire pour les établir.

376 Voir par exemple, STC 25/84 du 23 février 1984, *JC*, t. 8, p. 301.

377 STC 18/81, *JC*, t. 2, p. 29.

378 Cf. L. PRIETO SANCHIS, « La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho », *REDC* 1982, n° 4, p. 110.

379 *JC*, t. 17, p. 490.

380 Fondement juridique 2. Dans une ordonnance du 14 décembre 1983, le Tribunal avait déjà admis qu'un article de loi se bornant à prévoir des sanctions administratives en cas de non respect des arrêtés municipaux, satisfaisait à la réserve de loi de l'article 25.1. On verra que le Conseil constitutionnel français admet aussi une atténuation du principe de légalité pénale relativement aux sanctions administratives.

381 Cette hypothèse faisant référence au pouvoir de sanction des Communautés autonomes (cf. R. PUNSET BLANCO, « Las garantías material y formal del derecho fundamental a la legalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional », *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 1992, n° 4, p. 111, note 10).

382 Fondement juridique 2.

383 *Ibid.*

Et encore le contenu de celle-ci sera contrôlé afin de vérifier que seuls sont renvoyés des éléments qui entrent dans la compétence administrative, compte tenu du caractère non pénal des sanctions en cause. La jurisprudence à ce sujet est constante³⁸⁴. L'idée selon laquelle le Gouvernement dispose de pouvoirs renforcés pour la régulation des sanctions administratives par rapport aux sanctions pénales (où ses possibilités d'action sont très limitées), impliquant un élargissement des possibilités de renvoi, avait été développée par le Conseil d'État, dès 1982. Dans un avis du 1^{er} juillet 1982³⁸⁵, le conseiller du Gouvernement admet qu'il n'est plus possible, après l'entrée en vigueur de la Constitution, de créer des sanctions administratives par voie réglementaire. Pour autant, il n'est pas nécessaire que la loi détermine l'intégralité de la régulation de ces sanctions, sans laisser aucune place à l'intervention réglementaire.

De même, si le Tribunal suprême a parfois annulé des sanctions administratives pour défaut de base légale³⁸⁶, il a aussi décidé que la réserve de loi ne s'étendait certainement pas à l'intégralité des règles relatives aux sanctions administratives. La quatrième Chambre du Tribunal a par exemple validé un arrêté ministériel du 9 janvier 1979 régissant le jeu de bingo, qui instituait par ailleurs des sanctions administratives pour réprimer les violations des obligations contenues en son sein³⁸⁷, en arguant de sa non-contrariété avec la réserve de loi de l'article 25.1.

384 STC 3/88, du 21 janvier 1988, *JC*, t. 20, p. 14 : admission de la constitutionnalité d'un décret-loi établissant que doivent être considérés comme des mesures de sécurité publique, justiciables d'amendes administratives et de mesures de fermetures administratives, toute violation par une entreprise des normes de sécurité établies ultérieurement par voie réglementaire. Le Tribunal prend soin de souligner que ces règlements, dont la violation pourra donner lieu à poursuite administrative, sont téléologiquement orientés vers la prévention de faits délictueux, et leur intervention est rendue nécessaire par le besoin de porter des appréciations concrètes sur des situations techniques et contingentes (Fondements juridiques 9 et 10) ; voir aussi : STC 101/88, du 8 juin 1988, *JC*, t. 21, p. 145, Fondement juridique 3 ; STC 29/89, du 6 février 1989, *JC*, t. 23, p. 304, Fondement juridique 2 : le Tribunal précise ici que la réserve de loi de l'article 25.1, « solo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas » ; STC 83/90, du 4 mai 1990, *JC*, t. 27, p. 20, Fondement juridique 2 ; STC 207/90, du 17 décembre 1990, *JC*, t. 28, p. 761 : contrariété avec l'article 25.1 de l'article 57 de la loi portant statut des travailleurs, prévoyant la possibilité pour l'administration d'imposer des sanctions en cas d'infraction aux règles du droit du travail, motifs pris que la norme législative n'a pas établi la correspondance entre la définition légale de l'infraction et de la sanction, laissant dans chaque cas à l'Administration un pouvoir discrétionnaire pour qualifier le degré de gravité de l'infraction (Fondement juridique 3. Décision réitérée par la suite : STC 40/91, du 25 février 1991, *JC*, t. 29, p. 425 ; STC 177/92, du 2 novembre 1992, *JC*, t. 34, p. 665, Fondement juridique 2).

385 *Dictamen* n° 44523.

386 Voir par exemple, STS du 21 octobre 1980, où la troisième Chambre du Tribunal suprême annule une sanction administrative imposée à une entreprise cinématographique pour non respect des quotas de diffusion de films espagnols (R. Ar. 3761).

387 STS du 28 janvier 1986, R. Ar. 71 ; voir sur cet arrêt, J. ESTEVE PARDO, « Sanciones administrativas y potestad reglamentaria », *REDA* 1986, n° 49, p. 99-108. On doit noter que dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 42/87, le Tribunal constitutionnel a eu à connaître, par le biais d'un recours d'*amparo*, de l'admission de la légalité par le Tribunal suprême, dans un arrêt de 1985, des sanctions administratives relatives au jeu de bingo. Pour sa part, la juridiction constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité de ces sanctions, considérant que le décret-loi, sur la base duquel elles avaient été établies, ne procédait à aucune régulation de leurs éléments essentiels. On aboutit là à une condamnation de la jurisprudence exposée du Tribunal suprême (Cette condamnation fut réitérée par la STC 219/91, du 25 novembre 1991 (*JC*, t. 31, p. 519), recevant un recours d'*amparo* à l'encontre d'un arrêt de la quatrième Chambre, appliquant la jurisprudence classique du Tribunal suprême à propos de la réglementation préconstitutionnelle des jeux de hasard). Ceci témoigne d'une plus grande exigence du juge constitutionnel quant à l'ampleur de la réserve de loi en matière de sanctions administratives, même si les deux juridictions s'accordent pour admettre en ce domaine une place certaine au règlement, beaucoup plus importante que ce qu'elle est pour les incriminations pénales.

Étape supplémentaire dans la gradation de cette réserve de loi, le Tribunal constitutionnel énonce que le pouvoir de sanction de l'administration dans le cadre des relations spéciales de sujétion « ne peut avoir la même ampleur que le pouvoir général de sanction de l'administration ni bien entendu que les sanctions pénales »³⁸⁸. Les relations spéciales de sujétion impliquent donc un nouvel affaiblissement des exigences de la réserve pénale³⁸⁹. Dans ce cadre, si la loi est encore un préalable à la sanction administrative, elle peut valablement s'en remettre au règlement pour la spécification et la gradation des infractions. En l'espèce, la loi générale pénitentiaire a pu renvoyer au règlement pénitentiaire le soin de définir les conduites des détenus pouvant donner lieu à l'application de sanctions par l'administration de la prison (les détenus constituant, comme on le sait, un des exemples types de « victimes » de relations spéciales de sujétion).

Cette jurisprudence traduisant un élargissement de la compétence potentielle du pouvoir réglementaire en matière de sanctions administratives affectant des relations spéciales de sujétion, fut confirmée par la décision 219/89³⁹⁰. Celle-ci reconnaît la possibilité pour un ordre professionnel d'imposer des sanctions à ses membres, la loi de 1974 sur les ordres professionnels leur conférant un pouvoir disciplinaire³⁹¹.

Dans certains cas, le juge constitutionnel admet que la réserve de loi puisse avoir une intensité plus faible, pour tenir compte de nécessités pratiques. Mais ceci ne peut conduire à ce que le règlement perde son caractère exécutif.

B. - La définition d'un règlement exécutif

Au sein des matières réservées à la loi, le pouvoir réglementaire doit être étroitement conditionné par les dispositions législatives. Il ne doit disposer d'aucune marge discrétionnaire (au moins du point de vue politique), et se contenter d'être une simple norme de développement de la loi, complétant ses prévisions. Telle est la jurisprudence du Tribunal constitutionnel³⁹². Celle-ci configure donc un pouvoir réglementaire dont non seulement l'intervention est subordonnée à la présence préalable d'une loi, mais encore dont le contenu dépend des dispositions législatives. Les relations qui s'établissent entre la loi et le règlement doivent nécessairement être des relations de conformité. Dans ces conditions, le règlement apparaît comme véritablement exécutif de la loi. Reste à déterminer qu'elle est la signification et la conception de ce terme retenu par le droit positif espagnol.

Dans la décision 18/82 du 4 mai 1982³⁹³, le Tribunal constitutionnel devait préciser sa vision du règlement exécutif : « il existe dans notre droit, une tradition juridique qui, au sein des règlements, en tant que dispositions générales

administratives de rang inférieur à la loi, ... qualifie de « règlements exécutifs », ceux directement et concrètement liés à une loi, à un ou à des articles de loi ou à un ensemble de loi, de telle manière que ces ou cette loi soit complétée, développée, précisée, mise en œuvre ou exécutée par le règlement »³⁹⁴. Ainsi, le règlement exécutif se caractérise par le fait qu'il intervient postérieurement à un acte législatif, dans le but de développer les prescriptions législatives : il est *secundum et intra legem*.

Le Tribunal constitutionnel adopte ainsi, comme il le reconnaît lui-même, la description du règlement exécutif élaboré par le Conseil d'État dans un avis du 22 mai 1969³⁹⁵. Celui-ci énonce que si, dans un premier temps, l'histoire constitutionnelle espagnole, influencée par le modèle français, semble ne connaître que les règlements exécutifs, il n'en est plus de même aujourd'hui³⁹⁶. Effectivement, l'existence de règlements non exécutifs apparaît nettement. Ceux-ci sont qualifiés de « dispositions édictées par le pouvoir exécutif sans avoir été précédées par une loi ». Immédiatement, le Conseil met l'accent sur le critère délimitateur, permettant ou non la qualification d'un règlement comme exécutif ; c'est la présence d'une loi, préalable à l'intervention du règlement, qui déterminera le caractère exécutif du règlement. Mais cet élément n'est pas suffisant. Il faut qu'il existe un certain rapport entre les dispositions législatives et l'acte réglementaire. Celui-ci doit avoir pour objet de compléter, de développer, de détailler, de mettre en œuvre celles-là. Sa régulation ne doit pas être initiale, mais doit se fonder sur les prévisions du législateur. C'est donc le double critère de la base législative et du caractère dérivé du contenu réglementaire qui préside à la qualification du règlement comme exécutif de la loi.

Pour le Conseil d'État, le règlement exécutif s'identifie par sa finalité c'est-à-dire l'application, le développement, le complément de la loi, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ces vocables. Ce faisant, il s'est contenté de compiler en une formule unique sa doctrine précédente³⁹⁷. Ceci n'a pas empêché certains auteurs de critiquer la réunion de mots différents pour désigner un concept unique. Ainsi, pour le professeur Gallego Anabitarte, l'édition de normes pour appliquer, détailler ou développer la loi n'équivaut pas à la compléter, comme l'enseigne la doctrine allemande³⁹⁸. Cette dernière action consiste en effet à ajouter des règles ou des hypothèses nouvelles à la réglementation préexistante, tandis que le développement de la loi a pour objet, en réitérant les prescriptions législatives, de permettre l'application concrète de la loi. Autrement dit, dans ce dernier cas, les capacités créatrices du règlement seraient beaucoup moins importantes qu'à l'occasion des règlements édictés pour compléter la loi, ceux-ci disposant alors par rapport à la loi d'une marge d'innovation plus grande. La conception du règlement exécutif retenue par le Conseil d'État serait donc assez hétérogène,

388 STC 2/87, du 21 janvier 1987, JC, t. 17, p. 13, Fondement juridique 2.

389 Le Tribunal constitutionnel espagnol adopte ainsi une position différente de celle de son homologue allemand qui n'admet pas de spécificité de l'intensité de la réserve dans le champ des relations spéciales de sujétion (cf. J. BARCELONA LLOP, « Principio de legalidad y organizacion administrativa », in *Estudios sobre la Constitucion espanola : Mélanges Garcia de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. 3, p. 2431, note 172).

390 21 décembre 1989, JC, t. 25, p. 877.

391 Fondement juridique 3. Le Tribunal précise que « si tal tipo de remision resulta manifestamente contrario a las exigencias del art. 25.1 de la Constitucion, cuando se trata de las relaciones de sujecion general [...], no puede decirse lo mismo por referencia a las relaciones de sujecion especial ». Dans le même sens, STC 305/93, du 25 octobre 1993 (JC, t. 37, p. 408, Fondement juridique 5, a contrario).

392 Cf. *supra*.

393 JC, t. 3, p. 226.

394 Fondement juridique 4.

395 Reproduit in *Recopilacion de doctrina legal del Consejo de Estado*, 1968-1969, p. 42 à 66 et in RAP 1972, n° 69, p. 469-489.

396 *Ibid.*, p. 476 et 477.

397 Et notamment : Avis du 16 avril 1943 qui attribue au règlement exécutif la tâche de développer une loi préexistante ; Avis du 8 juin 1956, prévoyant que ces règlements établissent des normes pour le développement, l'application et l'exécution d'une loi ; enfin, le Conseil énonce dans un avis du 22 décembre 1960 que les règlements indépendants se distinguent des exécutifs parce qu'ils n'exécutent pas directement et immédiatement une disposition légale.

398 *Curso de derecho administrativo*, op. cit.

compte tenu des nécessaires distinctions à opérer entre les fonctions de ce règlement ³⁹⁹.

Même si existe cette diversité, l'élément transcendant toutes ces fonctions réside dans l'existence d'une loi qui constitue le fondement des dispositions réglementaires. Que le règlement complète la régulation légale ou qu'il se contente de la développer, il n'édicte aucune régulation *ex novo*. Certes, dans un cas, les facultés qui lui sont reconnues sont peut-être plus larges que dans l'autre, mais il n'en demeure pas moins que dans les deux hypothèses, le contenu du règlement est conditionné par la loi, et donc qu'il n'est pas indépendant de celle-ci. C'est d'ailleurs ce qui explique que le Tribunal constitutionnel autorise la loi à faire appel au règlement pour compléter les normes qu'elle pose ⁴⁰⁰, même dans les matières objet d'une réserve de loi.

Mais il est vrai que le risque existe de voir l'administration, sous prétexte de compléter la loi, procéder à la définition de normes qui n'ont pas leur source directe dans la loi. Restait alors aux juridictions à définir un critère permettant de cantonner le pouvoir réglementaire dans le développement naturel des dispositions législatives, et de censurer les éventuels débordements. C'est pourquoi la jurisprudence constitutionnelle fait référence à la notion de complément indispensable ⁴⁰¹. Celle-ci est directement inspirée du droit français, et a été systématisée par le professeur Garcia de Enterría ⁴⁰². En créant un lien de proportionnalité entre la loi et ses règlements d'exécution, le concept de « complément indispensable » permet de concrétiser la fonction juridique indéfinie d'exécution. Il est alors possible de mesurer, dans chaque cas particulier, la nécessité de la régulation réglementaire, compte tenu des dispositions législatives existantes. L'identité s'opère entre règlement d'exécution et complément indispensable : l'exécution de la loi consiste à édicter les éléments indispensables à la mise en œuvre de l'acte législatif, et seulement ceux-ci. C'est dire que la fonction d'exécution s'épuise par la détermination de ces dits éléments. La juridiction compétente n'a plus alors qu'à vérifier l'existence du caractère indispensable en effectuant le rapport entre les dispositions législatives et les dispositions réglementaires. Ainsi est-on assuré que les prescriptions décrétales s'inscrivent dans le droit-fil des prévisions législatives. C'est le principal effet de cette théorie que de borner le pouvoir réglementaire en établissant la nécessité d'un lien exclusif avec la loi.

³⁹⁹ Et Gallego Anabitarte d'expliquer que la rétention d'une définition large du règlement exécutif puise sa légitimité dans la nécessité que ces règlements soient édictés après avis du Conseil d'État, en vertu de l'article 17,6 de la Loi Organique du Conseil d'État de 1944 et de l'article 10,6 de la Loi sur le Régime Juridique de l'Administration de l'État. Nul doute que le contrôle préalable du Conseil constitue une garantie certaine, même s'il se limite à un examen de la légalité de l'acte réglementaire, comme l'affirme le Conseil dans le texte du 22 mai 1969. C'est cette garantie qui justifie l'interprétation large du concept de règlement exécutif, fusse au prix du sacrifice de l'homogénéité de la notion. Sur cette idée de garantie représentée par l'avis préalable du Conseil d'État lors de l'édiction des règlements, voir R. ALONSO GARCIA, *Consejo de Estado y elaboracion de reglamentos estatales y autonomicos*, Civitas, Madrid, 1992.

⁴⁰⁰ Cf. *supra*.

⁴⁰¹ Par exemple, STC 71/82, du 30 novembre 1982 (JC, t. 4, p. 401 : « ... necesitaran del complemento reglamentario indispensable en este aeras de proteccion del consumidor y del usuario... ») ; ou STC 83/84 - précitée - qui parle de l'obligation de réduire le pouvoir réglementaire « a un complemento de la regulacion legal que sea indispensable... ».

⁴⁰² *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 4^e éd., 1983, t. 1, p. 271 et s. Voir aussi, du même auteur, *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 164.

Mais ici encore, le Tribunal constitutionnel n'a fait que reprendre une notion issue du contentieux administratif. L'arrêt du 23 juin 1970, rendu par le Tribunal Suprême, constitue l'illustration classique de l'utilisation du concept de complément indispensable. Dans cette espèce, la troisième Chambre du Tribunal valide un décret de 1969, relatif à la sécurité des voyageurs, ayant inclus les trolley-bus dans le champ d'application des dispositions législatives régulatrices de la matière. Pourtant, ceux-ci non seulement n'avaient jamais été énumérés par les diverses lois établissant des normes de sécurité obligatoires, mais encore ces dernières se référaient seulement aux « automobiles », ce qui exclut, d'après le Code de la route, les trolley-bus ⁴⁰³. Rejetant le recours, le Tribunal déclare que l'administration a correctement utilisé son pouvoir réglementaire, en incluant ce moyen de transport parmi les destinataires des normes législatives de sécurité. En effet, l'Exécutif a valablement pu considérer que le rattachement des trolley-bus aux catégories de véhicules affectés par les normes de sécurité, s'intégrait dans le cadre des objectifs recherchés par le législateur. Il constitue ainsi le complément indispensable de la régulation législative dont la finalité consiste en la sécurité routière ⁴⁰⁴.

Et de fait, de ce point de vue, les trolley-bus sont dans une situation identique par rapport aux autres véhicules. Certes, le pouvoir réglementaire dispose là d'une certaine marge d'appréciation, mais celle-ci est limitée par la nécessité de réaliser les objectifs du législateur.

La doctrine du complément indispensable est donc de nature à cantonner le pouvoir réglementaire dans la fonction d'exécution de la loi. Elle permet ainsi de répondre aux craintes précédemment exposées du professeur Gallego Anabitarte. Ceci ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait pas lieu de distinguer entre les différentes formules utilisées par le Tribunal constitutionnel ; cela implique simplement que celles-ci sont toutes caractéristiques du règlement exécutif.

D'autre part, sans même faire référence à l'antagonisme entre réserve relative et absolue, on peut considérer que les réserves de loi sont susceptibles de degrés, ou plus exactement que différents aspects d'une matière nécessitent une densité législative différente. C'est ce qui explique que, tout en conservant son caractère exécutif, le règlement soit susceptible de posséder, au sein de la réserve de loi, une amplitude normative différente. Quoi qu'il en soit, l'utilisation par le Tribunal constitutionnel de plusieurs qualificatifs pour définir le règlement exécutif permet de couvrir l'ensemble des hypothèses. D'ailleurs, il faut remarquer que cette définition du règlement exécutif est largement consensuelle, puisque au-delà du Conseil d'État et du Tribunal constitutionnel, le Tribunal suprême a lui aussi eu l'occasion de s'y référer ⁴⁰⁵.

Ainsi, les développements de la jurisprudence constitutionnelle sur la réserve de loi intègrent la doctrine relative au règlement exécutif : en obligeant le législateur à exploiter totalement sa compétence et encadrer les renvois

⁴⁰³ Recension de cet arrêt par T. FERNANDEZ RODRIGUEZ in « La remision normativa y el control de reglamentos en dos sentencias recientes », RAP 1970, n° 63, p. 191.

⁴⁰⁴ « Disponiendo al efecto, en cumplimiento de lo que estimaba que constituía la finalidad que aquellas normas de rango superior se propusieron, el precepto reglamentario que juzgo preciso para asegurar la plena efectividad legal, manteniendo con ello los principios consustanciales a la naturaleza de la institucion que reglamentaba, con el criterio llamado por la doctrina del "complemento indispensable", que supone el natural margen de apreciacion que siempre es obligatorio reconocer a la Administracion ejecutante ».

⁴⁰⁵ Voir par exemple STS du 22 octobre 1981, R. Ar. 4634 ou STS du 4 février 1982, R. Ar. 834.

législatifs, la réserve de loi implique le règlement exécutif⁴⁰⁶. Naturellement, l'intervention du juge constitutionnel se limite à créer les conditions propres à permettre le développement d'un pouvoir réglementaire d'exécution. Mais elle ne préjuge en rien de l'utilisation qui est faite du renvoi législatif, et d'un éventuel débordement du règlement, outrepassant les termes du renvoi, sur la réserve de loi. Il appartient alors aux juridictions compétentes, au premier rang desquels figurent les tribunaux administratifs, de censurer ce qui apparaît comme une méconnaissance du caractère obligatoirement exécutif du règlement⁴⁰⁷.

Mais il existe une hypothèse particulière permettant au Tribunal constitutionnel de connaître du rapport entre une loi et un règlement. Le recours d'*amparo* autorise en effet à vérifier l'appréciation de légalité portée, par un tribunal ordinaire à l'occasion du jugement d'une affaire, sur un règlement, dès lors qu'il est argué que le résultat de cette confrontation porte atteinte à un droit fondamental protégé par ce recours. Tel était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 209/87 du 22 décembre 1987⁴⁰⁸. L'arrêt du Tribunal central du travail, objet du recours d'*amparo*, avait rejeté les arguments du requérant tendant à faire constater l'illégalité d'un décret de 1985, sur la base duquel il s'était vu refusé le service d'une allocation-chômage, sur le motif prétendu qu'il violait la loi 31/84, pour l'application de laquelle il avait été édicté.

Le Tribunal constitutionnel était ainsi appelé à contrôler l'examen de légalité opéré par le tribunal du travail, l'application du règlement en question, résultant du rejet des arguments d'illégalité, étant censé porter atteinte au principe d'égalité (article 14 de la Constitution). En effet, le décret de 1985 ajoute une condition supplémentaire aux conditions définies par la loi pour l'octroi de cette allocation-chômage particulière. L'application de celui-ci conduisait donc à opérer des distinctions entre les différents prétendants dont l'origine devait être recherchée exclusivement dans l'acte réglementaire.

Le Tribunal constitutionnel commence par établir sa compétence pour se prononcer sur le bien-fondé des appréciations de légalité des actes réglementaires : « le contrôle de légalité des normes réglementaires est aussi une compétence propre des organes du pouvoir judiciaire qui peuvent, ... soit l'annuler, soit ne pas l'appliquer, lorsqu'il l'estime contraire à la loi, mais le résultat de ce contrôle est tout de même soumis à notre examen par la voie du recours d'*amparo*, lorsqu'est en cause une violation d'un droit fondamental »⁴⁰⁹. La juridiction constitutionnelle est donc obligée de procéder à son tour au contrôle de la légalité du décret, puisque c'est son illégalité éventuelle qui implique violation d'un droit fondamental. Mais ce contrôle doit s'effectuer sous le prisme de ce droit fondamental : il ne s'agit pas de vérifier toute la légalité du décret, mais seulement le bon jugement des moyens contentieux dont l'aboutissement justifierait une violation d'un droit fondamental.

Lorsqu'est en cause le principe d'égalité, le Tribunal constitutionnel est à même de vérifier le respect du caractère exécutif du règlement. Effectivement, la question est alors de savoir si le règlement n'a pas procédé à des discriminations qui ne puissent pas leur source dans la loi. N'a-t-il pas établi de lui-même des

différentiations là où la loi n'en prévoit pas ? Le contrôle se ramène à rechercher si le règlement possède un caractère exécutif : soit le règlement ne fait que développer des prescriptions législatives et en ce cas aucun grief ne peut être retenu contre lui, soit le règlement ajoute par rapport au contenu de la loi, sans qu'aucune invitation ne lui ait été adressée en ce sens, et alors cette absence de caractère exécutif contredit le principe d'égalité.

Pour le Tribunal espagnol, le pouvoir réglementaire ne peut établir des différences entre des situations non différenciées par la loi. On retrouve là la consécration de l'adage *ubi lex non distinguit, distinguere non posset*. Ceci s'explique par le fait que le Gouvernement ne peut créer des droits ou imposer des obligations qui n'ont pas leur origine dans la loi, soit directement, soit indirectement, au moyen de renvois. En l'espèce, il n'appartenait pas à l'Administration de limiter les droits à allocation en ajoutant une condition à celles prévues par la loi, alors que cette dernière ne prévoyait aucune possibilité en ce sens. Le silence du législateur doit s'interpréter comme excluant toute possibilité pour le pouvoir réglementaire d'ajouter aux prescriptions législatives : il ne peut que compléter celles-ci, les dispositions réglementaires devant trouver leur source dans les articles de la loi. C'est parce que le caractère exécutif du règlement permet le respect du principe d'égalité devant la loi que le Tribunal constitutionnel vérifie la légalité du décret jugé dans la décision juridictionnelle qui lui est déférée.

En se contentant de développer la loi, le pouvoir réglementaire ne peut instituer de distinctions qui n'y seraient pas présentes : il ne fait que préciser des dispositions qui existent déjà, sans modifier l'état du droit tel qu'il résulte de l'œuvre législative.

La protection du principe d'égalité autorise ainsi le Tribunal constitutionnel à s'assurer que les règlements ne créent aucun droit ni aucune obligation, c'est-à-dire qu'ils se contentent d'un caractère exécutif⁴¹⁰, et qu'il ne possèdent pas un caractère indépendant.

406 Ce lien nécessaire entre la réserve de loi et le règlement exécutif avait parfois été souligné dès avant les premières invalidations de lois pour incompétence négative. Cf. S. MUNOZ MACHADO, « sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español », RAP 1975, n° 77, p. 156 et s.

407 Comme devait l'affirmer le Tribunal constitutionnel (cf. STC 178/89, précitée).

408 JC, t. 19, p. 681.

409 Fondement juridique 3.

410 La décision 209/87 a donné lieu à une jurisprudence constante. Voir par exemple, STC 47/90, précitée ; STC 78/90, JC, t. 26, p. 1064 ; STC 4/91, JC, t. 29, p. 21. L'idée selon laquelle le règlement ne peut créer *ex novo* des obligations ou des droits avait préalablement été affirmée par le Tribunal Suprême. Cf. par exemple STS du 26 octobre 1985 (R. Ar. 6915) : « Respecto de la imposición de obligaciones y establecimiento de derechos, el Reglamento actúa exclusivamente como complemento de la ley para ejecutarla o desarrollarla » ; de même dans un arrêt du 3 juin 1985 (R. Ar. 3202), le tribunal décide que le pouvoir réglementaire ne peut augmenter ou diminuer les conditions légales pour une indemnisation, sous peine de censure.

Chapitre II

LES IMPLICATIONS DE LA RÉSERVE DE LOI

La réserve de loi ne doit pas être conçue comme une institution isolée au sein de l'ordonnancement juridique. Sa présence induit des effets sur d'autres composantes de l'espace normatif. Il en est ainsi pour l'ensemble de la théorie des sources.

On a déjà vu que la réserve de loi ne produit pas seulement des conséquences sur la loi, mais aussi, dans les espaces qu'elle recouvre, sur le pouvoir réglementaire, cantonnant celui-ci à une fonction d'exécution. Reste alors à se demander ce qui se passe dans la situation inverse : l'absence de réserve de loi autorise-t-elle l'intervention spontanée du règlement ? On rejoint l'interrogation italienne sur la possibilité de configurer des règlements indépendants. Et là encore, la réserve de loi constitue un élément irréductible dans cette problématique.

De la même façon, la configuration de l'État espagnol comme un État régional amène à examiner comment se combine la réserve de loi avec une forte décentralisation. En effet, la mise en place d'un mécanisme répartiteur des compétences entre l'État et les Communautés autonomes n'altère-t-il pas le jeu de la réserve de loi ? Autrement dit, quelles sont les interactions entre les différentes modalités de distribution des facultés normatives (dont le pivot est constitué par l'article 149 de la Constitution) et la réserve de loi ?

Ce sont ces points que l'on va maintenant s'attacher à décrire.

Section I

LA QUESTION DU RÈGLEMENT INDÉPENDANT

Avant d'entamer la recherche de l'existence des règlements indépendants dans l'ordonnancement espagnol, il est nécessaire de préciser ce que l'on entend par cette notion.

La classification des différents règlements peut se fonder sur plusieurs critères. En particulier, il peut être tenu compte des relations avec la loi. S'il existe une loi préalable, l'Exécutif doit nécessairement la respecter en vertu du principe hiérarchique. Dans ces conditions, le règlement est nécessairement *secundum legem*. À l'inverse, si aucune loi ne régit le secteur sur lequel le règlement veut entreprendre, l'acte réglementaire est nécessairement *praeter legem*.

La première hypothèse correspond au règlement exécutif, tandis que la seconde détermine le règlement indépendant. On retrouve deux des trois éléments

du classement des actes réglementaires, opéré en son temps par L. von Stein, dont on sait qu'il influença la doctrine espagnole⁴¹¹.

Les règlements indépendants sont donc des actes édictés par le Gouvernement, dans les matières non régulées par la loi, et en conséquence, ils ne peuvent être fondés sur une quelconque loi préalable. Ils se substituent à la loi qui, par hypothèse, n'existe pas dans ce secteur normatif.

Cet exposé effectué, la question survient de connaître la différence entre le règlement indépendant et le règlement autonome. Ce dernier est aussi édicté dans des matières dépourvues de loi. Mais, la distinction réside dans le fait que, dans le cas du règlement autonome, l'espace sur lequel celui-ci intervient lui est réservé. Autrement dit, la loi ne peut s'insérer dans cette compétence, octroyée exclusivement, par la Constitution au pouvoir réglementaire. Le champ du règlement est exclusif de la loi⁴¹². Compte tenu de l'inexistence, en droit espagnol, d'une réserve réglementaire, la question de l'étude du pouvoir réglementaire se ramène à rechercher si l'on peut configurer, à côté du règlement exécutif, un règlement indépendant, tout en sachant que l'espace que celui-ci occupe peut à tout moment être envahi par la loi. C'est cette absence de protection, par la Constitution, du domaine éventuel du « règlement sans loi » qui implique que l'on ne puisse parler, à propos de l'Espagne, de règlement autonome.

Avant d'entrer dans le fond de l'étude, il faut dès maintenant constater que l'attribution, par la Constitution du 29 décembre 1978, du pouvoir réglementaire au profit du Gouvernement est assez laconique, ouvrant la voie à toutes les interprétations possibles. On remarquera seulement qu'en disposant que celui-ci « exerce la fonction exécutive et le pouvoir réglementaire en accord avec la Constitution et les lois » (article 97), le texte constitutionnel ne centre pas le pouvoir réglementaire sur la notion d'exécution des lois. Il permet de considérer tout à la fois que le pouvoir réglementaire est inclus dans la fonction exécutive ou qu'au contraire, il peut s'en distinguer.

Reste que la véritable controverse sur les possibilités d'existence du règlement indépendant concerne surtout ceux susceptibles de produire des modifications quant aux statuts juridiques des citoyens. En effet, une large doctrine se dégage pour admettre la validité des règlements indépendants concernant l'administration.

§ 1 - L'ADMISSION DES RÈGLEMENTS INDÉPENDANTS *AD INTRA*

De part sa nature même, le règlement *ad intra* a des effets juridiques réduits. C'est ce qui légitimerait l'absence de nécessité d'une loi préalable à son édicton. Le professeur Garcia de Enterría est le principal défenseur de cette thèse au sein de l'ordonnancement espagnol. Il est vrai que, traditionnellement, les capacités d'organisation de l'administration apparaissent comme un pouvoir propre de

411 Cf. A. GALLEGO ANABITARTE, « Ley y reglamento en España », *RAP* 1968, n° 57, p. 103. Pour les références aux œuvres de von Stein, voir la note 28, p. 102.

412 Voir en ce sens la définition de M.-F. CLAVERO AREVALO, in « existen reglamentos autonomos en el derecho español ? », *RAP* 1970, n° 62, p. 10 : « ha de entenderse por reglamento autonomo aquellas normas dictadas por la Administracion en unas materias que le han sido reservadas y en las que la ley no puede regular ».

l'Exécutif⁴¹³. Pourtant, d'autres auteurs ont contesté, en se fondant sur la réserve de loi, la possibilité constitutionnelle de configurer un règlement indépendant *ad intra*.

A. - La justification théorique du règlement indépendant *ad intra*

Dans un premier temps, le professeur Garcia de Enterría reprend à son compte la distinction, posée par la doctrine allemande à la suite d'Otto Mayer, entre les règlements juridiques et les règlements administratifs. Alors que les premiers interfèrent dans les relations dites de suprématie générale, qui lient nécessairement l'ensemble des citoyens à l'État dont ils composent la population, les seconds ont trait à l'organisation de l'administration et plus généralement à la régulation des relations spéciales de sujétion⁴¹⁴. Ce n'est plus le citoyen mais l'administré qui est le destinataire de la norme, c'est-à-dire l'individu qui se place, vis-à-vis de l'administration dans une relation particulière et spécialisée. Et cet auteur de citer les exemples classiques constitués par la situation des fonctionnaires, des usagers des services publics, et des appelés du contingent. L'ensemble de ces catégories de personnes a des obligations spécifiques, par rapport au reste des citoyens, tout comme l'administration dispose de pouvoirs supplémentaires à leur endroit. C'est cette différence d'intensité que traduit l'opposition entre les notions de relations spéciales et de relations générales. Le règlement administratif a toujours pour objet la régulation de situations liées organiquement à l'administration, d'où sa qualification équivalente de règlement *ad intra*. À l'inverse, le règlement juridique affecte directement les droits et libertés des citoyens, en ayant des incidences sur la régulation des relations entre l'État et ses sujets. Il produit des effets extérieurs à la sphère administrative. De là, découle son caractère *ad extra*. Mais l'un comme l'autre règlement ont un caractère normatif⁴¹⁵.

Il résulte de cette distinction d'importantes conséquences quant aux relations avec la loi. En effet, le règlement administratif, en tant qu'il a pour vocation l'exercice d'une faculté d'organisation propre à l'administration, intervient sur « un espace naturel inhérent au règlement en tant que norme, celui des questions administratives correspondant à l'espace d'organisation de l'administration »⁴¹⁶. C'est parce que ce règlement correspond à un pouvoir propre « d'autodisposition sur soi-même », qu'il n'a pas besoin de trouver un appui dans une loi préalable quelconque. Ce pouvoir d'auto-organisation provient de la Constitution et est consubstantiel de la responsabilité politique du Gouvernement.

Au contraire, dans le cas du règlement *ad extra*, l'administration ne régle pas une sphère qui lui est propre, mais interfère sur les droits et les libertés des citoyens. L'impact des normes ainsi posé est bien supérieur à celui issu des normes édictées par les règlements administratifs.

Dès lors, « la création de Droit objectif pour les citoyens ne peut être indépendante de la Loi dans un État moderne »⁴¹⁷. C'est donc le champ d'intervention du règlement qui permet de savoir si l'interposition législative est ou non nécessaire : si le contenu réglementaire peut être rattaché à un pouvoir

d'organisation de l'administration, le Gouvernement pourra l'édicter spontanément, sans même qu'il revête un caractère *secundum legem*; si le règlement modifie l'équilibre des droits et obligations du citoyen, alors, il ne pourra être édicté que sur le fondement d'une loi. Le règlement indépendant est ainsi confiné à l'existence d'un pouvoir propre de l'administration pour l'ordonnancement de sa seule sphère interne.

Ce faisant, Garcia de Enterría semble créer une sorte de domaine réglementaire par nature. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard s'il utilise l'expression de « matière réglementaire »⁴¹⁸, tout en précisant qu'un tel domaine n'est pas protégé des incursions législatives, considérant l'absence de réserve réglementaire. Ainsi, l'organisation de l'administration appartenant à celle-ci, elle disposerait d'un pouvoir réglementaire *non ex lege* pour parvenir à ses fins. Ce domaine réglementaire serait dès lors centré autour du concept d'organisation administrative et représenterait la forme minimum d'autonomie à reconnaître au profit de l'administration. On retrouve là une certaine influence de la doctrine française, même si le concept de « matière réglementaire par nature » dégagé par Hauriou est plus large, puisqu'incluant, à côté du règlement autonome d'organisation, un règlement autonome de police⁴¹⁹. En tout cas, la théorie du professeur Garcia de Enterría est transposable pour la description du droit positif français, au moins en ce qui concerne l'aspect organisationnel : on sait en effet, que le Conseil d'État a reconnu l'existence d'un pouvoir réglementaire *praeter legem* pour l'organisation des services⁴²⁰.

Cette démonstration de l'existence d'un pouvoir réglementaire *ad intra* indépendant de la loi a eu une grande influence sur l'ensemble de la doctrine espagnole. Ainsi, pour le professeur J. Perez Royo, « il n'y a pas d'obstacle pour admettre les règlements de pure organisation, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas expressément interdits par la Constitution »⁴²¹. Dans le même sens, B. Colom Pastor considère que la meilleure solution possible au problème des règlements indépendants consiste à introduire, par voie jurisprudentielle, la distinction classique entre règlements juridiques et administratifs⁴²². Dès lors, le pouvoir réglementaire de l'article 97 « pourra être utilisé sans habilitation légale pour les seuls règlements organisationnels et ceux régulant les relations spéciales de sujétion »⁴²³.

De la même façon, les juridictions ont eu l'occasion de se prononcer sur la validité de la distinction entre les deux types de règlement. Tel est le cas du Tribunal suprême et du Tribunal constitutionnel.

S'agissant de la première juridiction, le professeur Garcia de Enterría cite une décision du 11 avril 1981⁴²⁴, rendue à propos d'un règlement relatif aux

418 *Op. cit.*, p. 203.

419 Cf. en ce sens, M. REBOLLO PUIG, « Juricidad, legalidad, reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno », *RAP* 1991, n° 125, p. 47 et s. Le terme « autonome », utilisé en France pour qualifier ces règlements, même avant 1958 (par exemple, B. BRACHET, *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse, Bordeaux, 1965) ne doit pas faire illusion, puisque ceux-ci, considérant l'absence de protection constitutionnelle dont souffre leur champ d'intervention, peuvent être remis en cause par voie législative. Les règlements « autonomes » de M. HAURIOU sont donc comparables aux règlements indépendants dont on discute ici.

420 7 février 1936, *Jamart, Rec.* p. 172, *GAJA* n° 56.

421 *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 121.

422 « Reglamento independiente y potestad reglamentaria : cinco años de experiencia constitucional », *REDA* 1984, n° 40/41, p. 246 et 247.

423 *Ibid.*

424 R. Ar. 5405.

413 Voir R. GARCIA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelone, 1988, p. 177 et s.

414 *Curso de derecho administrativo*, 4^e éd., 1983, Civitas, Madrid, t. 1, p. 209 et s.

415 *Op. cit.*, p. 210.

416 *Op. cit.*, p. 205. Voir aussi p. 214.

417 *Op. cit.*, p. 214.

agents des douanes. Après avoir énoncé que ceux-ci sont placés dans une relation spéciale de sujétion, le Tribunal suprême considère que le pouvoir réglementaire dispose d'une plus grande autonomie, selon qu'il s'exerce *ad intra*, « c'est-à-dire dans un but purement organisationnel, ou dans le cadre des relations spéciales de sujétion », ou *ad extra*, c'est-à-dire « lorsqu'il régit de façon abstraite les droits et obligations des citoyens en situation de sujétion générale ». Et la juridiction suprême de conclure : « dans le premier cas des règlements indépendants, non fondés sur une habilitation légale préalable..., pourront être édictés, tandis que dans le second cas on est en présence du règlement exécutif ».

Ainsi, le Tribunal suprême semble consacrer la distinction opérée entre règlement *ad extra* et règlement *ad intra*, et reconnaître par là même, la validité du règlement indépendant, au moins dans cette dernière confrontation. De nombreuses espèces confirment la jurisprudence issue de la décision de la troisième Chambre du Haut tribunal ⁴²⁵.

En ce qui le concerne, le Tribunal constitutionnel a consacré la distinction entre règlement exécutif et règlement d'organisation dans sa décision 18/82 du 4 mai 1982 ⁴²⁶. Les premiers sont directement et concrètement liés à une loi, à un ou à des articles de lois. À l'inverse, les seconds, dont l'objet est de « réguler les relations de l'Administration avec les administrés dans la mesure où il est nécessaire d'intégrer ceux-ci au sein de l'organisation administrative, mais non les droits et obligations de ceux-ci de façon générale » ⁴²⁷, ont des liens plus ténus avec la loi. En effet, « sans s'interroger sur le fait de savoir si ces règlements ont véritablement un caractère indépendant, ... il faut admettre que ceux-ci n'apparaissent pas comme des compléments de la loi ». La juridiction constitutionnelle espagnole élude ainsi la question de l'existence du règlement indépendant et de son éventuelle confusion avec le règlement administratif. C'est du moins ce qui résulte de la lecture de la motivation de cette décision. Cependant, le professeur A. Torres del Moral résume la position du Tribunal constitutionnel en affirmant que les règlements indépendants sont possibles « uniquement l'espace interne ou domestique de l'administration » ⁴²⁸. Néanmoins, elle admet que celui-ci puisse ne pas être directement dépendant de la loi. C'est dire qu'il possède une marge de créativité bien supérieure au règlement exécutif, qui doit nécessairement intervenir *intra legem*. Les règlements d'organisation peuvent édicter des normes qui, en tant qu'elles n'affectent pas les droits et obligations des citoyens, ne se présentent pas comme le simple développement de prescriptions législatives. La décision 18/82 permet de considérer que le pouvoir réglementaire *ad intra* dispose d'une plus grande autonomie par rapport à la loi quant à leur contenu. Mais elle ne permet pas de savoir si ceux-ci peuvent intervenir *praeter legem*. En ce sens, il s'agissait de préserver, en 1982, la future interprétation de l'article 103.2 de la Constitution.

C'est justement sur cet article que se fonde, entre autre, une partie de la doctrine pour critiquer la possibilité des règlements indépendants *ad intra*.

B. - La place de la réserve de loi au sein de l'organisation administrative

Certains auteurs ont contesté la thèse du professeur Garcia de Enterría, arguant qu'à la vue de la Constitution, le domaine de l'organisation administrative et des relations spéciales de sujétion ne pouvait être exempt de lois.

La première série de contestation part d'interprétations de l'article 103.2. Celui-ci prévoit que « les organes de l'Administration de l'État sont créés, régis et coordonnés conformément à la loi ».

Pour le professeur R. Gomez Morant, la simple lecture de l'article 103.2 « met en évidence que la Constitution n'attribue directement aucun pouvoir d'organisation au Gouvernement » ⁴²⁹. Cet auteur oppose en effet la rédaction actuelle de cet article à celle prévue dans le projet constitutionnel. Celui-ci énonçait que « l'Administration de l'État, et ses organes périphériques sont créés, institués et coordonnés par le Gouvernement conformément à la loi ». Dans ce cas, la Constitution reconnaissait expressément au profit du Gouvernement, la capacité de réguler directement l'organisation de l'administration. La suppression de l'incise « par le Gouvernement » dans ce qui devait devenir l'article 103.2 de la Constitution du 29 décembre 1978, traduirait une certaine réticence à confier au seul Gouvernement la régulation de l'espace interne à l'administration. En tout cas, elle empêcherait de conclure à l'existence constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire interne indépendant. C'est la loi qui devrait établir les grandes lignes du schéma administratif, laissant au pouvoir réglementaire le développement concret des normes ainsi posées. Mais alors, disparaît le caractère indépendant des règlements en question.

Dans la même logique, le professeur Garrorena Morales écrit que l'article 103.2 implique une loi préalable à toute intervention réglementaire ⁴³⁰. En conséquence, il ne peut exister, même dans l'espace interne à l'administration, des règlements indépendants ⁴³¹. La seule différence de cette régulation réglementaire par rapport à celle des autres secteurs normatifs, c'est que l'intervention de l'Exécutif est possible dès lors qu'il existe une couverture légale ; il n'est pas besoin qu'il existe une habilitation législative, le règlement agissant ici « grâce à sa propre impulsion, c'est-à-dire, en raison de sa capacité propre et originaire » ⁴³².

Enfin, à partir de la même interprétation de l'article 103.2 comme imposant une loi préalable, R. Garcia Macho en arrive à la conclusion que le pouvoir organisationnel du Gouvernement « peut difficilement être considéré comme indépendant de la loi » ⁴³³.

Préfigurant ces critiques, le professeur Garcia de Enterría a envisagé le renvoi à la loi de l'article 103.2, admettant que celui-ci concède à la loi la détermination des principes fondamentaux relativement aux organes de l'administration. Mais, il n'en demeure pas moins que « à l'intérieur de ce cadre

⁴²⁵ Par exemple, voir : STS 28 février 1983, R. Ar. 1063 ; STS 18 mai 1983, R. Ar. 3358 ; STS 17 novembre 1983, R. Ar. 6055 ; STS 19 juin 1985, R. Ar. 3146 ; STS 27 mars 1985, R. Ar. 1668 ; STS 7 octobre 1988, R. Ar. 7771.

⁴²⁶ JC, t. 3, p. 226.

⁴²⁷ Fondement juridique 4.

⁴²⁸ *Principios de derecho constitucional español*, t. 2, 2^e éd., Atomo, Madrid, 1988, p. 154.

⁴²⁹ « La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, dirección general de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. 1, p. 121.

⁴³⁰ *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1980, p. 104 : « Es, pues, evidente que el art. 103.2 ha querido imponer también en el terreno de la organización administrativa... la exigencia de una ley previa ».

⁴³¹ *Ibid.*, p. 107.

⁴³² *Ibid.*, p. 107.

⁴³³ *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, éd. Ariel, Barcelone, 1988.

constitutionnel et légal, l'administration dispose de moyens propres pour s'auto-organiser »⁴³⁴.

Pourtant, même si le fait que l'article 103 contienne une réserve de loi est discuté, le Tribunal constitutionnel ayant admis de larges délégalisations en matière d'organisation administrative⁴³⁵, il n'en reste pas moins vrai que c'est à la loi que revient le soin de définir les aspects de base de l'institution administrative. Dans ces conditions, les règlements intervenant dans ce secteur sont obligés par la loi-cadre imposée par l'article 103.2. Leur marge de manœuvre dépendra de l'ampleur de la régulation effectuée par cette loi, qui, en abordant un domaine, crée nécessairement une « congélation de rang ». Le champ d'intervention du règlement, pour l'organisation administrative, est donc soumis au degré d'intervention de la loi dans la matière, restant à la merci du Parlement. On voit alors que la qualification de ce règlement comme indépendant est contestable, compte tenu du rôle imparti au législateur, même dans ce domaine pourtant traditionnellement laissé à l'Exécutif par la Constitution.

D'un autre point de vue, il a été observé que le professeur madrilen rattachait la régulation des fameuses relations spéciales de sujétion au règlement indépendant *ad intra*. Mais, là encore, la possibilité d'user, dans les matières concernées, de règlement indépendant a été remise en cause du fait de l'existence de réserves de loi⁴³⁶. En effet, il se trouve des réserves dans les différentes catégories composant les relations spéciales de sujétion.

En particulier, il est avancé que le statut des fonctionnaires, élément topique des relations spéciales de sujétion, est réservé à la loi en vertu de l'article 103.3 de la Constitution, comme d'ailleurs le statut des forces de sécurité (article 104.2). De la même façon, les obligations militaires des citoyens et le service national doivent être réglementés par voie législative (article 30.2). De plus, la loi doit régir le système d'enseignement (englobant par là la situation des élèves et étudiants - article 27 -), et s'étendrait à la définition du système carcéral⁴³⁷. De même, les concessions administratives dépendent du régime juridique du domaine public, que doit fixer la loi⁴³⁸.

Finalement, ces matières, inhérentes à la définition des relations spéciales de sujétion, affectant des réserves de loi, cette institution ayant pour effet d'interdire l'édiction de règlements non exécutifs, il s'ensuit qu'elles ne peuvent être l'objet de règlements indépendants.

C'est d'ailleurs ce que semble avoir admis le Tribunal suprême, comme le montre J.-M. Bano León⁴³⁹. Cet auteur se fonde sur deux arrêts contradictoires, rendus à propos d'espèces similaires. Il s'agissait de sanctions imposées à des membres du conseil d'administration d'une caisse de Crédit agricole par le Conseil exécutif de la Banque d'Espagne, sur la base d'un décret de 1978 (relatif aux coopératives de crédit). Les requérants invoquaient la violation de la réserve de loi

434 *Curso...*, *op. cit.*, t. 1, p. 214.

435 Sur ces deux points, cf. *supra*.

436 voir R. GOMEZ-FERRER MORANT, *op. cit.*, p. 122 ; I. DE OTTO, *Derecho constitucional-sistema de fuentes*, Ariel derecho, Barcelone, 1987, p. 219 ; J.-M. BANO LEON, « Los ambitos del reglamento independiente » in *Mélanges García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. 1, p. 443 ; J. de ESTEBAN et P.-J. GONZALEZ, *Curso de derecho constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, 1993, t. 2, p. 420.

437 Article 17.1 et 25.2. En ce sens, voir J.-M. SALA ARQUER, « Las bases constitucionales de la administración del Estado », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, *op. cit.*, p. 1792.

438 Article 132.1. En ce sens, J.-M. BANO LEON, *op. cit.*, p. 443.

439 *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991, p. 208, 209.

prévue à l'article 25.1 (principe de légalité des sanctions et des peines), en tant que les sanctions sont édictées par voie réglementaire.

La première décision, en date du 7 octobre 1988⁴⁴⁰, considère que « il n'existe pas de comparaison possible entre le pouvoir de sanction gouvernemental et le pouvoir disciplinaire s'exerçant au sein des caisses rurales, du fait des différentes relations de pouvoir existantes. Les unes sont générales puisque les éventuels contrevenants ne sont pas identifiés, les autres étant spéciales dans la mesure où elles ne concernent qu'une minorité de personnes identifiées, unies entre elles par des liens juridiques particuliers, pour lesquelles une perte de confiance résultant d'actions ou d'omissions perturbatrices de la gestion des intérêts communs, porte atteinte à leur raison d'être. Ceci autorise la mise à l'écart des membres responsables de telles conduites, grâce à des mesures d'autoprotection, non couvertes par le régime de la réserve de loi ». C'est parce que les relations disciplinaires entre la Banque centrale et les caisses de Crédit agricole sont analysées comme des relations spéciales de sujétion que le Tribunal suprême valide l'intervention de ce règlement indépendant, justifiant ainsi ce qu'il faut bien considérer comme une dérogation à la réserve de loi.

Mais la position du Tribunal suprême devait évoluer à l'occasion de la deuxième décision rapportée. Cet arrêt du 4 juillet 1989⁴⁴¹ déclare au contraire inapplicable, dans des circonstances similaires, ce même décret du 3 novembre 1978. En effet, la norme réglementaire en question « du fait de son rang normatif insuffisant, méconnaît le principe de réserve de loi, en déterminant spontanément, sans avoir été habilitée par un renvoi législatif, les conduites juridiques répréhensibles ». La jurisprudence paraît donc avoir évolué, et prend désormais en compte l'impératif constitutionnel de la réserve de loi, sans se réfugier derrière la théorie des relations spéciales de sujétion. Ceci aboutit à dénier aux règlements indépendants la capacité de réguler ce type de relations, dès lors qu'elles sont couvertes par une réserve de loi. Cet arrêt constitue un exemple caractéristique de la difficulté d'identifier le champ du règlement indépendant avec celui des relations spéciales de sujétion.

Toutefois, il faut bien reconnaître que García de Enterría lui-même a nuancé la possibilité de régulation des relations spéciales de sujétion par voie de règlement indépendant. En effet, il faudrait distinguer entre la relation initiale de soumission, qui en tant qu'elle affecte la sphère de la liberté privée, ne peut être dévolue à l'administration, et les relations de fonctionnement, issues de la relation de soumission, sur lesquelles l'administration dispose de son pouvoir organisatif. La première dépendrait de la loi, tandis que les secondes pourraient seules faire l'objet de règlement indépendant⁴⁴². Cet auteur reconnaît par là même qu'il existe une place, au sein des relations spéciales de sujétion, pour la loi.

De surcroît, si le Tribunal constitutionnel a pris en compte la notion de relations spéciales de sujétion, il n'a pas pour autant considéré que celle-ci exonérerait du respect de la réserve de loi. Elle permet seulement de diminuer les exigences propres à cette institution, entraînant une certaine relativisation de la réserve⁴⁴³, mais il n'en demeure pas moins que la juridiction constitutionnelle n'a pas exclu ces relations spéciales de sujétion du champ de la réserve de loi.

440 R. Ar. 7771.

441 R. Ar. 5246.

442 *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. 1, p. 211.

443 Cf. par exemple, STC 219/1989, JC, t. 25, p. 877. Sur ce point, voir *supra*.

Il semble alors que la possibilité de règlement indépendant pour la régulation de cette catégorie de relation est d'autant plus étroite que la place de la loi, définie par la dynamique de la réserve de loi, est grande. Et cette constatation peut être élargie à l'édiction des normes strictement organisatives de l'Administration. Au total, l'existence d'un pouvoir réglementaire indépendant *ad intra* paraît difficilement configurable, à cause des renvois à la loi opérés par la Constitution en ce domaine. Ceci n'aboutit pourtant pas à dénier aux règlements édictés dans ce secteur, une certaine liberté de créativité normative par rapport aux dispositions législatives. C'est dire que la condition d'*intra legem* est assouplie pour ces règlements, qui n'ont pas ainsi un caractère strictement exécutif.

À la vue des difficultés d'identifier un pouvoir réglementaire indépendant *ad intra*, on peut imaginer l'ampleur des controverses relativement à l'existence d'un même pouvoir *ad extra*.

§ 2 - L'ADMISSIBILITÉ DU RÈGLEMENT INDÉPENDANT *AD EXTRA*

Les enjeux relatifs aux règlements indépendants *ad extra* sont beaucoup plus importants que ceux concernant le règlement indépendant à effets internes. Alors que ce dernier est limité à la seule sphère administrative (englobant éventuellement les relations spéciales de sujétion), le règlement *ad extra* a vocation à réguler les droits et obligations des citoyens. L'impact des normes ainsi posées est bien supérieur à celui des normes d'organisation du règlement administratif, par définition assujéti au cadre intérieur de l'administration.

On comprend alors l'antagonisme qui peut exister au sein de la doctrine, et dont le point de départ réside dans la conception retenue de la réserve de loi. C'est à partir de cet antagonisme de base que peuvent être entendues la doctrine et la jurisprudence traitant de l'existence du règlement indépendant dans l'ordonnancement espagnol.

A. - La discussion doctrinale

Du fait de l'abandon, lors de l'élaboration de la Constitution, de l'idée de réserve réglementaire, la question s'est faite jour de savoir s'il existait, entre les réserves une possibilité d'intervention pour le règlement *praeter legem*. C'est ce qu'avait expressément prévu l'article 22 du projet de Loi organique sur l'Administration de l'État et de la Fonction publique : « Le Gouvernement, lors de l'exercice du pouvoir réglementaire a la possibilité de réguler toutes les matières qui ne l'ont pas été par les Cortes Generales, sauf les matières réservées par la Constitution à la loi »⁴⁴⁴. Mais ce projet n'ayant jamais été voté, l'incertitude demeure sur la possibilité du règlement indépendant, hors des réserves. Le professeur Garcia de Enterría a le plus vigoureusement contesté la possibilité d'édicter des règlements indépendants hors du champ organisatif. Reprenant à son compte la distinction entre règlements *ad intra* et *ad extra*, il considère que ceux-ci, en tant qu'ils ont des incidences sur les droits et libertés des citoyens, peuvent seulement intervenir en exécution d'une loi. En effet, « la création de droit objectif pour les citoyens ne peut être indépendant de la loi dans

l'État moderne »⁴⁴⁵, qui elle n'affecte pas la situation juridique générale des citoyens. Dès lors que celle-ci est atteinte, le règlement doit nécessairement se fonder sur une loi préalable qui autorise son édicton. C'est alors à la loi que revient la régulation initiale de l'atteinte portée au statut juridique des individus, le seul rôle du règlement étant de la compléter et de la développer, non de la suppléer ou de la devancer⁴⁴⁶. Ainsi, l'interdiction du règlement *praeter legem* procéderait de l'interdiction faite à l'Exécutif d'imposer des obligations et des charges qui ne trouvent pas leur origine dans la loi.

Le fondement constitutionnel de cette théorie repose sur l'article 53.1 de la Constitution. Celui-ci consacrerait une réserve de loi générale, pour tout ce qui concerne la liberté et la propriété des citoyens, tant et si bien que « les droits et devoirs des citoyens ne peuvent valablement être établis par de simples règlements en marge de la loi »⁴⁴⁷. Ainsi, est réservée à la loi, toute réglementation excédant l'espace interne de l'administration, en tant qu'elle atteint alors nécessairement la liberté et la propriété. C'est donc l'ampleur de la réserve de loi qui justifie l'impossibilité de configurer un règlement indépendant de la loi. Parce que le champ d'application de cette institution s'identifie avec l'espace d'intervention du règlement *ad extra*, celui-ci ne peut intervenir que *secundum legem*.

La thèse de Garcia de Enterría, fondée sur la distinction entre les deux types de règlement, s'inspire clairement de la doctrine allemande et se base sur l'existence d'une réserve totale de loi. S'agissant de ses effets, elle ne rejoint que partiellement la construction opérée par Carré de Malberg. Pour cet auteur l'exigence d'une loi préalable à l'édiction d'actes réglementaires a une portée générale, concernant même les règlements d'organisation. À l'inverse, d'après Garcia de Enterría, ce même type de règlement est le seul cas possible de règlement *praeter legem*. D'ailleurs, ces deux théories sont issues de points de départ différents (le professeur strasbourgeois faisant découler le caractère subordonné du règlement de la souveraineté de la loi, tandis que Garcia de Enterría admet l'idée d'une séparation constitutionnelle entre la loi et le règlement, ce dernier ne pouvant intervenir dans le domaine législatif que sur l'invitation parlementaire). Pour autant, en conférant au règlement *ad extra* un caractère strictement exécutif, Garcia de Enterría se rapproche de Carré de Malberg qui confine le pouvoir réglementaire à l'exécution des lois.

Le professeur Garrorena Morales s'inscrit dans cette perspective. Selon lui, « il ne peut exister, ... conformément au nouvel ordonnancement constitutionnel, des règlements non fondés sur une loi préalable, ce qui interdit d'utiliser les concepts de règlements « indépendantes », « *praeter legem* » ou « en marge de la loi »⁴⁴⁸. Seuls sont concevables des règlements exécutifs, la loi apparaissant comme un préalable obligatoire.

Cette conception dérive de l'interprétation retenue du principe de légalité, consacré au premier alinéa de l'article 103 de la Constitution (aux termes duquel, « l'Administration publique... agit... en pleine soumission à la loi et au Droit »). Celui-ci doit s'entendre dans le sens d'une soumission positive du pouvoir exécutif à la loi : le règlement, non seulement ne doit pas contredire la loi, mais encore ne peut être édicté que si une loi autorise le Gouvernement à ce

445 *Curso de derecho administrativo*, op. cit., t. 1, p. 214.

446 *Ibid.*

447 *Curso...*, op. cit., p. 249.

448 *El lugar de la ley en la Constitución española*, op. cit., p. 103.

444 *Boletín Oficial de las Cortes*, série A, numéro 109-I, 5 février 1980.

faire. Celle-ci apparaît alors comme l'unique norme originaire⁴⁴⁹. C'est au Parlement seul que revient, en vertu du principe de légalité, la tâche de poser les décisions initiales du processus de création et de mise en œuvre du droit⁴⁵⁰. En conséquence, le principe de légalité absorbe la réserve de loi. En effet, l'exigence de la loi préalable qu'impose cette institution pour les matières qui en sont l'objet, se confond avec l'impératif général résultant du principe de légalité. C'est cette idée que se serait attachée à faire ressortir la doctrine allemande par l'utilisation du concept de « réserve totale »⁴⁵¹. Seul le principe de légalité (en tant que nécessité d'une base légale) détermine l'espace ouvert à la loi dans le système constitutionnel, tandis que la réserve de loi est impuissante à en rendre compte. À la limite, mieux vaudrait considérer que la Constitution n'institue pas une véritable réserve de loi. Certes, « il existe un espace déterminé au profit du règlement ; mais, considérant sa généralité, sa capacité d'attraction de tout espace résiduel, il est préférable de ne pas tenter de l'exprimer à travers du concept de réserve »⁴⁵², mais plutôt par le biais du principe de légalité.

Dans cette conception, c'est l'ampleur du principe de légalité qui interdit toute possibilité d'édicter des règlements indépendants, la réserve de loi n'ayant aucune fonction autonome par rapport à la légalité.

Le professeur Rubio Llorente se fonde sur le principe de légalité pour rejeter l'idée du règlement indépendant *ad extra*. Ce principe postule l'exigence d'une autorisation législative préalable à l'intervention réglementaire, éventuellement par voie de clauses générales⁴⁵³, tandis que la réserve de loi se traduit par une obligation de régulation pour le législateur qui se voit alors privé de toute possibilité de renvoi à l'Exécutif. L'un comme l'autre se retrouvent pour interdire toute régulation *praeter legem*.

La thèse du professeur de Otto se situe à l'opposé des doctrines précédentes⁴⁵⁴. Selon lui, la réserve de loi doit occuper une place primordiale dans l'analyse du système juridique, conduisant à dégager un espace possible pour la réglementation *praeter legem* de l'Exécutif. Le point de départ de son exposé réside dans la remarque de l'attribution directe, par la Constitution, du pouvoir réglementaire. Le Gouvernement ne possède pas ce pouvoir en vertu de la loi, mais de la Constitution : « Il s'établit ainsi un lien direct Constitution-règlement qui supprime la nécessité d'un fondement législatif »⁴⁵⁵. Jusque-là, l'auteur ne fait que reprendre la condamnation de la théorie de la délégation législative, en indiquant que le pouvoir réglementaire trouve sa source directement dans la Constitution.

D'autre part, la Constitution confère, par l'article 97, un certain nombre d'attributions au Gouvernement. Cet article reconnaît un pouvoir de direction de la politique intérieure et extérieure (y compris la défense de l'État) à son profit, et il dispose pour cela des administrations civiles et militaires. De plus, le Gouvernement exerce la fonction exécutive. Et enfin, il possède un pouvoir normatif, « non circonscrit par les limites du concept d'exécution, bien qu'assujéti à la loi par la hiérarchie normative »⁴⁵⁶. Ainsi, pour la première

449 *Ibid.*, p. 78.

450 *Ibid.*, p. 84.

451 *Ibid.*, p. 60.

452 *Ibid.*

453 « El principio de legalidad », *REDC* 1993, n° 39, p. 25.

454 Pour un exposé de la thèse de I. de Otto, voir F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, p. 19.

455 *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *op. cit.*, p. 222.

456 *Ibid.*, p. 223.

fois, la Constitution espagnole sépare les capacités normatives gouvernementales de l'objectif d'exécution de la loi, reconnaissant par là même la prééminence de cet organe dans la direction politique du pays. C'est-à-dire que l'acte réglementaire ne se limite pas à la seule fin d'exécution de la législation, mais apparaît comme un instrument de réalisation des objectifs assignés au Gouvernement. Désormais, le règlement ne peut se définir comme le simple élément normatif de la fonction exécutive, mais possède un champ d'intervention beaucoup plus vaste, que lui confère l'article 97. Cette analyse résulte de la rédaction de cet article qui, en distinguant « fonction exécutive » et « pouvoir réglementaire », et en relativisant celle-là par l'énumération d'autres fonctions, laisse penser que le pouvoir normatif gouvernemental n'est qu'un moyen pour supporter juridiquement les décisions prises dans le cadre de l'ensemble des fonctions que la Constitution lui impartit.

La reconnaissance expresse du rôle important du Gouvernement, qui dans l'État moderne n'est pas circonscrit à la modeste exécution, trouve de plus sa légitimité dans l'origine démocratique du Gouvernement.

L'importance des tâches assignées au règlement établie, la deuxième étape de raisonnement réside dans la définition du domaine affecté à la loi par la Constitution. Il s'agit alors d'étudier l'extension de la réserve de loi.

Pour I. de Otto, il n'existe aucune réserve générale de loi, fondée par exemple sur la liberté et la propriété. En premier lieu, aucune disposition constitutionnelle ne consacre une telle réserve⁴⁵⁷. D'autre part, l'existence d'un ensemble complexe de réserves spécifiques dans la Constitution rend impossible la déduction d'un critère implicite. Et d'ailleurs, on voit mal pourquoi le constituant se serait donné la peine de préciser à chaque fois la réserve spécifique, s'il devait sous entendre que celle-ci n'était que le reflet d'un critère plus général de l'espace réservé à la loi : il lui aurait suffi d'énoncer une fois pour toute le critérium de la réserve générale. S'il s'en est dispensé, c'est justement qu'il n'a pas voulu consacrer ce type de réserve, préférant plutôt lier certaines matières par des réserves de loi qui leur sont propres. On retrouve ici le rejet, consacré selon cet auteur par la décision du Tribunal constitutionnel du 24 juillet 1983, de la thèse de la réserve générale de loi.

Il en résulte qu'il est possible d'identifier des espaces exempts de réserve de loi. Cette conclusion est renforcée par le fait que le principe de légalité ne prend pas le relais, dans ces espaces, de la réserve. En effet, ce principe doit s'entendre dans son acception de soumission négative du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire en terme de compatibilité et non de conformité : « Il n'existe aucun fondement pour imposer une soumission positive dans le sens où le règlement pourrait seulement faire ce que la loi autorise »⁴⁵⁸. Toute autre interprétation équivaudrait à reconnaître une réserve totale en faveur de la loi, alors qu'il a été établi qu'une telle réserve n'existait pas dans l'ordonnement espagnol. Ce sont d'ailleurs ces mêmes réserves de loi qui rendent inutile la consécration d'un principe de légalité au sens de conformité : si dans les matières couvertes par la réserve de loi, le règlement ne peut intervenir que pour le développement des dispositions législatives, c'est uniquement par le propre effet de la réserve de loi, point n'étant besoin de recourir au principe de légalité.

En conséquence, le pouvoir réglementaire n'ayant pas d'autres limites que celles prévues dans la Constitution, l'inexistence dans certaines zones, d'impératif

457 *Ibid.*, p. 155.

458 *Ibid.*, p. 240.

de recours à la loi implique alors la possibilité de règlement indépendant. L'idée sous-jacente est que la réserve de loi provoque une séparation horizontale entre la loi et le règlement, et qu'ainsi peuvent exister des règlements *praeter legem*, dans la mesure où le Parlement ne s'est pas saisi des matières non incluses dans la réserve, créant par là une réserve formelle.

Dans cette perspective, si la réserve de loi protège la compétence législative contre une intrusion réglementaire, l'absence de réserve dans une matière particulière vient au contraire autoriser l'édiction spontanée de règlement. C'est cette institution qui permet, par démarcation de domaines non réservés, de légitimer l'intervention *praeter legem* de l'Exécutif. Toutefois, cette « lecture » de la réserve de loi ne fait qu'offrir ainsi des potentialités au Gouvernement, sans lui réserver en aucune façon, un quelconque secteur normatif : en vertu de la primauté de loi, celle-ci peut toujours occuper les matières non réservées, réduisant d'autant le champ ouvert au règlement indépendant.

On voit combien sont diamétralement opposés les points de vue sur la possibilité du règlement indépendant dans l'ordonnancement espagnol. Et même si des auteurs, comme les professeurs Garcia de Enterría et Garroena Morales s'accordent pour condamner le règlement indépendant *ad extra*, leur théorie se fonde sur des postulats distincts (le premier se basant sur l'idée de réserve totale, tandis que le second part d'une conception large du principe de légalité).

C'est cette diversité des opinions que reflètent la doctrine et la jurisprudence.

B. - La réception de la controverse

La doctrine espagnole, à la suite de ses figures de proue, est très divisée sur la question du règlement indépendant. Nombreux sont les auteurs qui admettent les règlements indépendants *ad extra*, comme d'ailleurs ceux qui en refusent le principe. Dès la promulgation de la Constitution, certains ont pris parti en faveur de la première thèse. Tel est le cas du professeur Baena del Alcazar qui écrit que « la réserve de loi signifie aussi que dans les matières non réservées le Gouvernement agit librement en utilisant son pouvoir réglementaire »⁴⁵⁹. De la même façon, J.-L. Carro Fernandez et R. Gomez-Ferrer Morant décrivent, en 1978, le champ du pouvoir réglementaire indépendant comme résiduel, « dans la mesure où il ne peut inclure les matières réservées à la loi... ni celles objet d'une réserve formelle créée par une loi »⁴⁶⁰.

Quant à lui, le professeur Alvarez Conde reprend l'interprétation de l'article 97, pour considérer que le pouvoir réglementaire ne coïncide pas avec la fonction exécutive, concluant que « le règlement est toujours possible dès lors qu'il n'est pas exclu par une réserve de loi concrète »⁴⁶¹. Le professeur Gallego Anabitarte partage la même analyse, précisant toutefois qu'il n'existe pas de règlements strictement *praeter legem*, tous les actes de l'Exécutif devant se conformer aux lois administratives générales, et notamment à la loi définissant le régime juridique de l'Administration de l'État⁴⁶². De plus, cet auteur insiste sur le caractère provisoire de cette réglementation indépendante, la loi pouvant toujours s'y substituer.

459 « Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva constitucion española », in *La Constitución española y las fuentes del derecho*, op. cit., p. 289.

460 « La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución », *RAP* 1973, n° 87, p. 189.

461 *El regimen politico español*, Tecnos, Madrid, 4^e éd., 1990, p. 316.

462 *Derecho administrativo*, op. cit., t. 1, p. 70.

Le caractère transitoire du règlement indépendant est aussi développé par M. Bassols Coma. S'il est possible d'admettre le règlement indépendant hors des réserves de loi, il s'agit d'une situation « temporaire et transitoire »⁴⁶³, du fait de l'absence de protection de cet espace réglementaire. Le règlement a alors vocation à pallier, là au moins où la Constitution le permet, les carences de la loi, se substituant à cette norme lorsqu'une régulation s'impose. Le règlement indépendant ne fait que combler un vide juridique existant.

Et c'est l'intervention de la loi qui viendra mettre fin, le cas échéant, aux règles définies par le règlement.

C'est d'ailleurs cette condition de l'existence, dans une matière non réservée, d'un vide juridique qui justifie que ces règlements, s'ils sont bien affranchis du respect d'une loi qui par hypothèse n'existe pas, n'en sont pas moins soumis aux principes généraux du droit⁴⁶⁴.

Il n'est pas jusqu'au secrétaire général du Tribunal constitutionnel qui ne partage l'argumentation développée par I. de Otto. Celle-ci lui paraît « se fonder sur les meilleurs arguments positifs et dogmatiques »⁴⁶⁵. Tel est aussi l'avis de L.-M. Díez-Picazo, pour qui la construction de cet auteur est non seulement plus respectueuse de la lettre de la Constitution que celle niant la possibilité de règlement indépendant, mais aussi plus adaptée à la réalité institutionnelle : l'étude du droit espagnol montre en effet qu'il existe des règlements définissant des règles primaires⁴⁶⁶.

Enfin, d'autres auteurs concluent que le règlement indépendant pourra se développer en fonction de ce que prévoit la Constitution quant à l'intervention de la loi pour la régulation législative⁴⁶⁷.

Les tenants de la thèse de l'inadmissibilité du règlement indépendant *ad extra* ne sont pas moins importants. Commentant un arrêt de la quatrième chambre du Tribunal suprême ayant admis la validité du règlement indépendant⁴⁶⁸, le professeur Sainz Moreno énonce que cette jurisprudence est certainement caduque sous l'empire de la nouvelle Constitution, considérant que celle-ci « a rejeté la possibilité du règlement indépendant »⁴⁶⁹.

C'est ce que confirme le professeur Perez Royo, pour qui « les règlements autonomes ou indépendants, c'est-à-dire ceux régulant une matière sans être subordonnés à une loi préalable, ne peuvent être admis dans notre système constitutionnel »⁴⁷⁰. De même, pour J.-L. Villar Palasi et J.-L. Villar Escurra, « à la vue du texte de l'article 97 de la Constitution il est impossible

463 « Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución », *RAP* 1979, n° 88, p. 130. Dans le même sens, C. LOZANO SERRANO, « Las fuentes del derecho en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional : aplicación al ordenamiento financiero », *RAP* 1982, n° 99, p. 153.

464 En ce sens, R. ENTRENS CUESTS, *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 9^e éd., 1986, p. 149.

465 J. JIMENEZ CAMPO, « Osservazioni sul potere regolamentare nelle ordinamento spagnole », in *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, sous la direction de P. Caretti et U. de Siervo, Il Mulino, Bologne, 1991, p. 73.

466 « Concepto de ley y tipos de ley », *REDC* 1988, n° 24, p. 60 et s.

467 J. BARCELONA LLOP, « Principios de legalidad y organizacion administrativa », in *Mélanges García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. 3, p. 2430 ; dans le même sens, F. VALDES DAL-RE, « La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral », *REDC* 1989, n° 26, p. 48 et J. LEGUINA VILLA, « Principios generales del derecho y Constitución », *RAP* 1987, n° 114, p. 27.

468 23 juin 1978, R. Ar. 2822.

469 « Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes », *REDA* 1979, n° 20, p. 128.

470 *Las fuentes del derecho*, op. cit., p. 123.

d'admettre l'existence dans notre ordonnancement de règlements *praeter legem* »⁴⁷¹.

Face à cette opposition doctrinale, il reste à examiner si le droit positif permet de trancher entre les deux opinions. S'agissant d'abord du Tribunal suprême, il existe une tendance certaine à admettre le règlement indépendant, même édicté *ad extra*. L'arrêt du 10 mars 1982⁴⁷², rendu par la troisième chambre est caractéristique. Celui-ci s'appuie sur l'article 97 de la Constitution et sur l'article 26 de la Loi sur le régime juridique de l'Administration. La régularité du règlement indépendant se base sur les considérations suivantes : « Le pouvoir réglementaire de l'administration doit s'exercer en accord avec les lois, conformément aux dispositions de l'article 97 de la Constitution ; l'article 26 de la *ley de Regimen Juridico* interdit d'édicter des dispositions administratives. L'administration publique peut exercer ce pouvoir non seulement en développement de lois ou de principes législatifs, mais aussi lorsqu'il n'existe pas de norme supérieure sur la matière, pour le motif qu'il n'est pas possible de violer une loi inexistante. Et lorsque l'administration régle une matière non appréhendée par des normes légales, ni sujette à la réserve de loi, elle ne porte pas atteinte au principe de hiérarchie normative, et agit en conséquence, légalement ». Le règlement indépendant a un champ d'action ouvert dès lors qu'une matière n'est pas couverte par une réserve de loi, ou n'a pas été régulée par la loi. Cette décision s'inscrit dans ce qui apparaît être une véritable jurisprudence⁴⁷³. Celle-ci a notamment permis de valider le code de la route espagnol, édicté par voie de règlement indépendant⁴⁷⁴. Pourtant, cette solution précise a été contestée, au motif qu'elle autorise la régulation d'infractions et de sanctions administratives, sans aucun fondement légal⁴⁷⁵, en totale contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle⁴⁷⁶. Malgré l'identification d'une réserve de loi en la matière, le Tribunal suprême admet la possibilité de règlement indépendant. Il est vrai que le code de la circulation se rattache à l'exercice, par l'Exécutif, de pouvoirs de police. L'idée latente est alors que la notion de police renforce la capacité d'édicter des règlements, en dehors de tout acte législatif, et en marge de la réserve de loi⁴⁷⁷.

471 *Principios de derecho administrativo*, t. 1, Universidad de Madrid, Madrid, 1982, p. 224.

472 R. Ar. 1245.

473 Voir, entre autres, les arrêts du 24 novembre 1980, R. Ar. 4597 ; du 11 juin 1980, R. Ar. 3177 ; du 22 octobre 1981, R. Ar. 4634 ; du 4 février 1982, R. Ar. 834 ; du 10 décembre 1982, R. Ar. 7955 ; du 16 juin 1984, R. Ar. 3613 ; du 18 mars 1985, R. Ar. 1621 ; du 29 octobre 1985, R. Ar. 5328 ; du 12 novembre 1986, R. Ar. 8063 ; du 2 décembre 1986, R. Ar. 7103 ; du 14 décembre 1988, R. Ar. 9954.

474 Cf. les décisions précitées du 4 février 1982, du 18 mars 1985, et du 12 novembre 1986. Cette position du Tribunal suprême n'est pas sans rappeler l'attitude du Conseil d'État français dans l'affaire *Labonne*, admettant lui aussi dans ce domaine, le règlement *praeter legem* (Voir *infra*).

475 A. GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, p. 71, note 17.

476 Désormais, ce domaine du règlement *praeter legem* doit compter avec la loi, puisque est intervenue la loi 18/1989, du 25 juillet 1989, relative au trafic, à la circulation des véhicules à moteur, et à la sécurité des voies publiques. En conséquence, il ne peut plus être édicté à ce règlement indépendant.

477 Ce lien entre le règlement de police et le règlement *praeter legem* avait déjà été établi par le professeur S. MUÑOZ MACHADO antérieurement à la Constitution de 1978 : « El entendimiento de que al ejecutivo corresponde un incondicionado poder de policía utilizable en defensa de la comunidad y la continua convulsión de nuestro siglo XIX (inestabilidad política, guerra, frecuencia de epidemias) haran que proliferen los reglamentos independientes, sin que la endeble implantación del principio de reserva de ley le sirva de freno » (« sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español », RAP 1975, n° 77, p. 152). L'idée selon laquelle le but d'ordre public justifierait un pouvoir réglementaire

C'est ce qu'exprime le Tribunal suprême lui-même dans une série d'arrêts. Ainsi, dans une décision du 30 novembre 1983⁴⁷⁸, cette juridiction confirme la régularité d'un décret portant réglementation des armes, et ce malgré le moyen fondé sur la nécessité d'une loi pour porter atteinte à la liberté d'entreprendre. Le Tribunal se base sur l'existence d'un pouvoir propre de police qui serait autorisé à limiter les droits et libertés, sans pour autant être tenu par les éventuelles réserves de loi en la matière : « on ne peut non plus déterminer une violation du principe de liberté d'entreprendre, considérant que ce principe est limité par la compétence irréfutable de l'État pour promouvoir la sécurité publique ce qui implique la prohibition, ou la restriction de l'utilisation et du négoce des objets qui peuvent la mettre en péril ». C'est ce pouvoir de police qui justifie la possibilité d'un règlement indépendant et l'exclusion corrélatrice de la réserve de loi : celle-ci n'est pas censée limiter le pouvoir propre reconnu au profit de l'Exécutif. C'est ce qu'exprime le professeur Bano Leon, lorsqu'il affirme : « Il ne s'agit pas pour le Tribunal suprême, de refuser de rattacher une matière déterminée à la réserve de loi — ce qui serait éventuellement discutable —, mais d'admettre le règlement indépendant purement et simplement dans la mesure où il fait partie de l'espace de compétence de l'administration publique »⁴⁷⁹.

C'est cette même jurisprudence sur les pouvoirs de police du Gouvernement qui va aboutir à valider des décrets, édictés sans aucune loi préalable, et qui affectent pourtant le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre. Tel est le cas pour la réglementation du prix du pain⁴⁸⁰, la réglementation de la production sucrière, y compris par l'imposition de quotas⁴⁸¹ ou la réglementation de la profession de détectives⁴⁸². Toutefois, le professeur Bano Leon croit déceler une évolution dans un arrêt du 23 mars 1988, annulant un décret de la Généralité de Valence, limitant les horaires d'ouverture des établissements commerciaux⁴⁸³. Dans cette espèce, le Tribunal suprême considère que la Constitution, « dans les matières relatives à la liberté d'entreprise et au commerce intérieur, ... établit une réserve de loi qui interdit l'utilisation du pouvoir réglementaire indépendant de la part de l'exécutif. Ceci posé, il ne fait pas de doute que tout ce qui est relatif à l'horaire d'ouverture et de fermeture des établissements commerciaux concerne la liberté d'entreprendre et le commerce intérieur et est donc inclus dans la réserve de loi ». Or, comme le remarque J.-M. Bano Leon, cette réglementation ressemble bien à une manifestation typique du pouvoir de police. Pour autant, le Tribunal suprême ne dénie pas l'applicabilité de la réserve de loi. C'est la dynamique de cette institution qui entraîne une remise en cause de cet espace traditionnel du règlement indépendant.

Cette pétition de principe du Tribunal suprême en faveur du règlement indépendant n'est cependant pas univoque. En effet, il semble que certains arrêts aient entendu limiter ce type de règlement à la sphère interne à

spécial, plus étendu que le pouvoir réglementaire ordinaire, puisque non limité par la réserve de loi, a été critiquée par le professeur GARCIA DE ENTERRIA (*in* « Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario », REDA 1975, n° 5, p. 203).

478 R. Ar. 6849.

479 *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, *op. cit.*, p. 194.

480 STS du 8 juin 1982, R. Ar. 3621.

481 STS du 24 mai 1984, R. Ar. 3132.

482 STS du 20 décembre 1988, R. Ar. 9416. Pour d'autres illustrations du lien parfois opéré entre règlements indépendants et pouvoirs propres de police, voir : STS du 9 mars 1985, R. Ar. 1500, STS du 29 octobre 1985, R. Ar. 5328, STS du 9 décembre 1988, R. Ar. 6708.

483 « Los ámbitos del reglamento independiente », *op. cit.*, p. 433.

JP/Le
p. 10

l'administration⁴⁸⁴. Mais ceux-ci sont minoritaires et statuent seulement par voie d'*obiter dicta* quant à la possibilité du règlement indépendant *ad extra*. Le principe résultant de la jurisprudence ordinaire demeure donc celui de l'admissibilité du règlement indépendant.

En ce qui concerne le Tribunal constitutionnel, celui-ci n'a jamais précisé clairement sa position sur la possibilité du règlement indépendant. Au contraire, des analyses contradictoires peuvent être inférées de sa jurisprudence. Si d'un côté, il considère que le pouvoir réglementaire « ne peut agir, sauf dans certaines exceptions très limitées, que lorsque le législateur l'y habilite »⁴⁸⁵, et que « le principe de légalité (articles 9.3 et 103.1) interdit que l'administration édicte des normes sans habilitation légale suffisante »⁴⁸⁶, de l'autre, il admet que c'est la présence d'une réserve de loi qui prohibe le règlement indépendant⁴⁸⁷, et que n'est pas acceptable la thèse selon laquelle le pouvoir réglementaire serait limité à la régulation des relations statutaires de sujétion administrative, et des aspects procéduraux et d'organisation⁴⁸⁸.

D'un autre point de vue, le Conseil d'État, interprétant la Constitution, a lui aussi admis la possibilité pour le Gouvernement d'édicter des règlements indépendants⁴⁸⁹.

Ainsi, on peut constater la tendance du droit positif à consacrer le règlement indépendant. Pourtant, certaines incertitudes demeurent, que seul pourra lever le Tribunal constitutionnel, « interprète authentique » de la Constitution, en se prononçant sur l'admissibilité de ce type de règlement.

Le débat sur l'existence, dans l'ordonnement espagnol, du règlement indépendant illustre les implications que peut contenir la réserve de loi. C'est de l'interprétation de cette institution et de son champ d'application que dépend l'admissibilité du règlement *praeter legem*. On comprend alors l'importance que revêt la réserve de loi dans la distribution des capacités normatives.

Quoi qu'il en soit, la question du règlement indépendant est d'actualité, dans la mesure où il apparaît comme un des éléments de solution de la crise de la loi. Celle-ci se manifeste par la surcharge de travail du législateur et par la mauvaise qualité des lois, en trop grand nombre et trop complexes⁴⁹⁰. En permettant, dans certains secteurs, et sans préjudice de la supériorité hiérarchique de la loi, une « législation » primaire, le règlement indépendant serait de nature à limiter la tâche du législateur. C'est d'ailleurs, sans doute, la nécessité de régir rapidement des vides juridiques, qui explique l'utilisation de cette technique par le

Gouvernement et l'existence corrélative, dans l'ordre juridique espagnol, de nombreux règlements indépendants⁴⁹¹.

Ce rôle fondamental de la réserve de loi se retrouve aussi à travers une des caractéristiques de l'État espagnol, à savoir son inclusion dans la catégorie des États régionalisés.

Section II

LE JEU DE LA RÉSERVE DE LOI DANS L'ÉTAT AUTONOMIQUE (ART. 149 CE)

Une des caractéristiques majeures de l'État espagnol est son appartenance à un modèle particulier de distribution des compétences entre le Gouvernement central et les collectivités décentralisées : l'État des « autonomies »⁴⁹².

Celui-ci, à mi-chemin entre l'État unitaire et l'État fédéral, se distingue du premier en tant que les collectivités composantes disposent de l'autonomie législative, et du second, en tant que ces personnes n'ont pas d'autonomie constitutionnelle. Les Communautés autonomes, instituées par la Constitution du 29 décembre 1978, peuvent ainsi édicter de véritables lois autonomiques dont la valeur juridique est comparable à celle des lois nationales. On est en présence d'un État plurilégislatif, semblable à la situation italienne.

En plus de cette capacité législative, les Communautés autonomes jouissent de l'autonomie administrative. Il existe donc un pouvoir réglementaire autonome que consacrent d'ailleurs les différents statuts d'autonomie⁴⁹³.

À la vue de cet exposé, on pourrait considérer que l'objet de cette partie est de prolonger à l'endroit des Communautés autonomes, l'analyse des relations lois/règlements. Telle ne sera pas pourtant notre optique. En effet, la diversité des Communautés Autonomes et l'importance de leur nombre (17) nécessiteraient un examen détaillé au sein de chacune d'entre elles. Ceci dépasserait largement le cadre de cette étude, ce d'autant que l'aspect comparatif est ici affecté par la spécificité du modèle autonome vis-à-vis du modèle unitaire (les enseignements éventuels n'étant d'aucune utilité pour le cas français).

Pour autant, ces données méthodologiques ne nous autorisent pas à éluder totalement la question des rapports lois autonomiques/règlements autonomiques. Aussi est-il nécessaire de s'y intéresser sommairement avant de définir le véritable cadre de cette partie.

La régulation des rapports entre les différentes normes autonomiques dépend des statuts communautaires eux-mêmes et des lois sur le Gouvernement et l'administration que n'ont pas manqué d'édicter les Communautés. Globalement, on peut constater que la théorie générale de la réserve de loi est transposable à

484 STS 11 avril 1981, précitée ; STS 14 décembre 1988, R. Ar. 9954, «... los reglamentos calificados de administrativos o de organizacion, posibilidad unica de que sean independientes... ».

485 STC 35/82, du 14 juin 1982, JC, t. 3, p. 426.

486 STC 83/84, du 24 juin 1984, JC, t. 9, p. 355, FJ 3. Réitérée par STC 93/92, du 11 juin 1992, JC, t. 33, p. 294, FJ 8. Interprétant la jurisprudence constitutionnelle, F. LOPEZ RAMON déclare que le Tribunal « parece orientarse en el sentido de no admitir la posibilidad del Reglamento independiente » ; in « Reflexiones sobre la libertad profesional », RAP 1983, n° 100/102, vol. 1, p. 656, note 8.

487 STC 37/1987, du 26 mars 1987, JC, t. 17, p. 405, FJ 3.

488 STC 108/1986, du 29 juillet 1986, JC, t. 15, p. 600, FJ 24.

489 Par exemple, avis n° 43.336 du 24 mai 1984, et avis n° 46310 du 12 avril 1984.

490 I. DE OTTO, *op. cit.*, p. 241.

491 En ce sens, J.-A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramon Areces, 1988, t. 1, p. 749 ; J.-M. BANO LEON, « Los ambitos del reglamento independiente », *op. cit.*, p. 430.

492 Sur lequel, voir : F. MODERNE et P. BON, *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Economica, Paris, 1981.

493 Cf. I. DE OTTO, *Derecho constitucional-sistema de fuentes*, Ariel, Barcelone, 1987, p. 276.

l'ordonnancement juridique autonome⁴⁹⁴. Ainsi, l'exécutif communautaire ne peut empiéter sur les compétences conférées au législateur autonome.

Ceci posé, il n'en demeure pas moins que l'institution autonome est prévue par le titre VIII de la Constitution. Celui-ci établit notamment, au sein des articles 148 et suivants, la répartition des compétences entre l'État et les Communautés autonomes. Dans le cadre de ce système complexe, l'article 149 tient une place essentielle. Il énumère en effet, en son premier paragraphe, un certain nombre de matières où l'État possède une compétence exclusive. Pour ce faire, le constituant a eu recours à un certain nombre de vocables dont l'ambiguïté a parfois été dénoncée⁴⁹⁵ : *législation*; *coordination*; et surtout le concept original de « *base* ».

La diversité des concepts employés recouvre une réelle diversité de compétence : si est attribuée à l'État la « *législation* » d'un secteur déterminé, le champ d'intervention autonome sera consécutivement réduit ; à l'opposé, l'édiction de normes basiques n'épuise pas la régulation d'une matière, et suppose au contraire l'intervention des Communautés autonomes par le biais de « *normes de développement* ».

Reste que le secteur de la répartition normative entre l'État et les Communautés autonomes n'est pas étranger à la problématique de la réserve de loi. En effet, la principale question qui se pose est de savoir si l'article 149.1 institue une réserve de loi pour les matières qu'il énonce. Le problème est d'importance, ne serait-ce que par rapport au nombre de secteurs pris en compte⁴⁹⁶. Il s'agit aussi de déterminer la marge normative dont disposent les Communautés autonomes, lorsque la Constitution leur réserve une compétence d'exécution de la législation (non seulement basique) d'une matière particulière qu'il appartient à l'État de poser⁴⁹⁷.

De ces deux aspects découle le plan de ce chapitre, qui se doit de prendre en considération la place prééminente qu'occupe le binôme norme de *base*/norme de développement au sein de l'article 149 sans omettre les autres chefs de compétence de l'État définis dans ce même article.

§ 1 - LA COLLABORATION INTERNORMATIVE POUR LA DÉFINITION DES « BASES »

La notion de « *bases* », à laquelle recourt l'article 149.1 de la Constitution, fait référence à un mécanisme délimitateur reposant sur une concurrence normative en vue de la régulation d'une matière. Ainsi, la compétence étatique pour édicter les normes « *basiques* » suppose l'intervention complémentaire des Communautés, par le biais des normes de développement.

Le complexe, norme de « *base* »/normes de développement, s'enchaîne pour épuiser la régulation normative du secteur considéré. Les normes de « *bases* » se présentent, selon les termes de la jurisprudence, comme un

494 Cf. E. AJA, J. TORNOS, T. FONT, J.-M. PERULLES, E. ALBERTI, *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 105 et s. ; de même, M.-M. RAZQUIN LIZARRAGA admet que les statuts d'autonomie puissent établir des réserves de loi (« *Ley autonómica, reglamento y control* », RAP 1992, n° 128, p. 122. Voir aussi, M. BASSOLS COMA, « Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución », RAP 1979, n° 88, p. 144).

495 Cf. F. MODERNE, « L'état des autonomies dans l'État des autonomies », RFDC 1990, p. 199.

496 L'article 149-1 est décomposé en 32 alinéas !

497 Exemple des alinéas 7 et 17 de l'article 149.

dénominateur normatif commun, à partir duquel chaque Communauté, en défense de son propre intérêt général, pourra établir les particularités qui lui conviennent. Ce système fait ainsi passer la ligne de partage territorial au sein même d'une matière, et non entre les matières. Son objet est de différencier la compétence normative en fonction des intérêts en jeu : à l'État revient la législation sur les aspects d'intérêt national qui supposent une régulation uniforme sur l'ensemble du territoire, tandis que les Communautés s'occupent des aspects d'intérêt autonome.

Ce « *partage des tâches* » examiné, reste qu'un des contentieux qu'il a suscité réside dans la place respective de la loi et du règlement étatique pour la détermination des normes de « *base* ». La principale question posée est de savoir s'il existe une réserve de loi pour la définition des normes « *basiques* ». À ce stade encore, la réponse se trouve dans la répartition à laquelle a procédé la Constitution.

Mais avant d'entrer dans l'analyse au fond du sujet, il nous semble nécessaire de présenter les voies procédurales par lesquelles le Tribunal constitutionnel est amené à connaître du rang hiérarchique des normes de *base*.

Il apparaît clair que le recours d'inconstitutionnalité permet de contrôler l'ampleur des renvois opérés par la loi « *basique* » au profit du décret « *basique* ». Le Tribunal procède naturellement à cette opération⁴⁹⁸, à l'instar du contrôle effectué dans les matières où la compétence de l'État ne se limite pas à l'édiction de « *bases* ».

Concernant les conflits positifs de compétence, la question se présente sous un jour particulier. Prévu à l'article 161 de la Constitution et organisé par le titre IV de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel, ce type de conflit permet notamment aux Communautés autonomes de défendre juridictionnellement leur compétence face aux éventuels empiètements de l'État central⁴⁹⁹. De l'avis unanime de la doctrine⁵⁰⁰, ces conflits ne concernent que des actes de valeur infra-légale.

Dans ces conditions, l'analyse des rapports entre la loi et le règlement en matière « *basique* », à travers les conflits positifs de compétence, suppose l'admissibilité du moyen fondé sur le défaut de rang normatif adéquat lors d'un contentieux de ce type contre un décret de « *base* ». C'est ce qu'il faut envisager dans un paragraphe préliminaire.

A. - Des conflits positifs de compétence comme conflits de rang normatif

Le conflit positif de compétence est finalisé. Il s'agit avant tout de déterminer le titulaire d'une compétence territoriale. Ce genre de conflit se différencie ainsi du recours en contestation de légalité d'un acte réglementaire devant le juge ordinaire. Si le juge de légalité et le juge constitutionnel sont aptes à se voir déférer des actes de l'exécutif, leur intervention se situe sur des plans distincts : le premier confrontera le décret à l'ensemble des normes composant le bloc de légalité, tandis que le second l'analysera par rapport seulement aux normes constitutionnelles de délimitation territoriale. Le conflit

498 Par exemple : STC 77/85, JC, t. 12, p. 188 ; STC 64/89, JC, t. 23, p. 694 ; STC 132/89, JC, t. 24, p. 633.

499 Cf. L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, PUF-QSJ, Paris, 1992, p. 100.

500 Cf. M.-A. ALEGRE MARTINEZ, « El control de constitucionalidad de las normas sin rango de ley », *Revista General de Derecho*, 1992, n° 570, p. 1204.

positif est donc beaucoup plus restreint que les recours devant les juges ordinaires⁵⁰¹.

Dans ce cadre, est-il possible d'invoquer, à l'occasion d'un conflit positif de compétence, un moyen reposant sur la violation, par la norme réglementaire déferée, du champ normatif réservé à la loi ? Ne s'agit-il pas d'un élément étranger à la logique de ce recours et propre, au contraire, au jugement sur sa légalité (*lato sensu*) ? En effet, tandis que le duo compétence étatique/compétence autonome développe ses effets dans les relations entre l'État et une certaine catégorie d'entités territoriales, le couple loi/règlement concerne, au sein même de la personne étatique, les rapports entre l'exécutif et le législatif.

C'est à ces questions qu'a dû répondre la jurisprudence constitutionnelle. Et cette réponse n'est pas sans intérêt du point de vue des justificatifs de la place particulière faite à la loi.

1. Exposé de la jurisprudence

Le problème devait être résolu de façon irréfutable par la décision 32/83⁵⁰². Celle-ci étend les limites des conflits positifs de compétence aux questions de rang normatif. En l'espèce, le Tribunal devait statuer sur les décrets royaux n° 2824/1981, relatif à la coordination, et à la planification sanitaire, et n° 2825/1981, relatif au régime sanitaire des aliments. Le gouvernement basque, auteur du recours, plaidait en faveur de l'inconstitutionnalité de ces normes au motif que l'État n'aurait pu exercer sa compétence pour poser les « bases » en ces matières qu'à travers une loi. Pour lui, les décrets attaqués étaient viciés d'insuffisance de rang normatif⁵⁰³.

L'avocat de l'État oppose à cette assertion l'irrecevabilité de ce moyen dans le contentieux des conflits positifs de compétence⁵⁰⁴.

La Haute juridiction madrilène était donc appelée à se prononcer sur la place des problèmes relationnels entre lois et règlements au sein des questions de délimitation des compétences.

Dans un premier temps, le Tribunal constitutionnel considère la perspective du conflit positif de compétence : celui-ci doit permettre de définir le titulaire d'une compétence, objet d'une controverse entre l'État et la Communauté autonome. Il en résulte que ce type de conflit se distingue du recours en appréciation de légalité d'un décret. Dans le cas du conflit positif, l'examen de la validité de la norme déferée est finalisé par le but même de cette procédure. En conséquence, « une prétention principale et indépendante par laquelle il serait demandé une déclaration d'inconstitutionnalité des *reales decretos* à cause de leur supposé insuffisance de rang normatif n'est pas admissible dans ce type de contentieux »⁵⁰⁵.

Cette précision apportée, le Tribunal admet dans un deuxième temps que la considération de l'organe qui exerce une compétence étatique peut pourtant être

501 Sur les combinaisons pouvant résulter de l'exercice d'un recours constitutionnel et d'un recours contentieux administratif, à propos d'un même décret, voir M.-A. ALEGRE MARTINEZ, *op. cit.*

502 JC, t. 5, p. 338.

503 Cf. *Antecedentes* 6.

504 *Antecedentes* 8.

505 Fondement juridique 1. C'est cette même volonté de ne pas absorber l'éventuel recours contentieux administratif qui devait conduire le tribunal constitutionnel à dénier l'admissibilité d'une exception d'illégalité contre un décret définissant des « bases », fondée sur le défaut de rang normatif adéquat, à l'occasion d'un recours en inconstitutionnalité contre une loi autonome (STC 87/85, JC, t. 12, p. 342).

pertinente au regard des conflits positifs de compétence. Il en est ainsi toutes les fois que cette compétence requiert, en vertu de la Constitution, qu'elle soit mise en œuvre par un pouvoir déterminé de l'État. En ce cas, la nature même du titre d'intervention étatique suppose son développement par un des organes précis et seulement par lui. Et l'on retrouve de la sorte un problème de hiérarchie des normes⁵⁰⁶.

Cette jurisprudence rompt l'unité de la personne étatique centrale vis-à-vis des conflits positifs, en prenant en compte la distribution des fonctions étatiques en son sein. Il en résulte que ce type de contentieux peut être le siège de questions relatives au respect de la réserve de loi, c'est-à-dire à la répartition loi/règlement.

Mais cette jurisprudence a été critiquée. Pour Garcia de Enterría, il est discutable qu'une décision rendue sur conflit positif, reconnaissant la compétence étatique, puisse, concomitamment, annuler la norme qui met en œuvre cette compétence⁵⁰⁷.

Selon cet auteur, l'admission au sein des conflits positifs, de la discussion sur le rang hiérarchique d'une norme, traduit une confusion entre deux voies processuelles pourtant distinctes. L'objet de ce type de recours est seulement de trancher une discussion portant sur le titulaire d'une compétence. Il ne s'agit pas d'un recours en inconstitutionnalité contre des actes réglementaires, fondé sur la violation de la réserve de loi.

Cette confusion se manifeste dès la décision 32/83. Le dispositif de celle-ci annule en effet, pour insuffisance de rang, un certain nombre d'articles du décret déferé, tout en reconnaissant simultanément que la compétence en la matière appartient à l'État. On aboutit ainsi à une annulation de dispositions étatiques qui n'ont pourtant pas empiété sur le champ de compétences des Communautés autonomes ; et cette annulation se fonde sur des moyens étrangers à la répartition des compétences entre l'État et les autonomies. Cette solution apparaît donc paradoxale vis-à-vis de la logique des conflits positifs de compétence.

En réalité, la question se ramène à l'interprétation des textes institutifs de cette voie de recours spéciale que constitue le conflit positif de compétence. En ce qui concerne le résultat de ce recours, l'article 66 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel prévoit que « la décision déterminera le titulaire de la compétence controversée et prononcera éventuellement, l'annulation de la disposition, résolution ou de l'acte à l'origine du conflit et vicié d'incompétence... ». Tout le problème est de déterminer la signification du terme « incompétence » : s'agit-il seulement de l'incompétence spécifique relative aux débordements normatifs dont pourraient se rendre coupables l'État et les Communautés autonomes vis-à-vis des matières réparties ? Ou bien ce mot doit-il s'entendre de tout excès de compétence, en général ? En ce cas, le juge constitutionnel ne doit pas se contenter de vérifier que la matière relève bien de l'État, laissant suspendue la question de la compétence *intra*-étatique, mais doit examiner la validité du titre de compétence gouvernementale.

506 Ces données ressortent clairement des termes de la décision 32/83 : « En relacion con determinadas competencias de titularidad estatal, y de manera muy destacada en relacion con la fijación de bases de una materia, un aspecto fundamental e indisoluble del resto del debate es el de la concreción del órgano estatal llamado a ejercer esa competencia y asimismo el de la forma (norma con rango de ley o disposición reglamentaria) a través de la cual ha de ser ejercida la competencia en cuestión ».

507 *Curso de derecho administrativo, op. cit.*, t. 1, p. 307.

Dans la première hypothèse, le Tribunal constitutionnel, une fois la compétence étatique reconnue, laisserait virtuelle la discussion sur la régularité de l'intervention de l'Exécutif ; dans la seconde, le Tribunal devrait apprécier, positivement, la compétence de l'auteur du décret en cause.

C'est donc le principal mérite de la décision 32/83 que de fixer la jurisprudence dans le sens de la dernière possibilité énoncée. Cette solution ouvre ainsi la voie à l'étude des relations entre loi et règlement sous l'angle de la répartition territoriale des compétences. On pourra de la sorte examiner quels aspects revêt la réserve de loi dans ce type de contentieux. D'ailleurs, les raisons qui fondent le choix du Tribunal constitutionnel, à propos de la signification de l'article 66, sont d'ores et déjà évocatrices du rôle attribué à la loi dans l'ordonnement.

2. Les fondements de cette jurisprudence

L'examen, simultané à la détermination de compétence, de la suffisance du rang hiérarchique de la norme objet du conflit positif, est révélateur. Il traduit en effet, l'indissociabilité entre la compétence normative et l'organe étatique appelé à l'exercer. Ces deux aspects ne peuvent être séparés, eu égard à la logique de ce type de conflit délimitateur de compétence.

Consécutivement, si le problème du rang normatif des normes infra-légales ne peut constituer l'objet autonome d'une prétention lors d'un conflit positif, « constitue un des aspects de l'ordre de compétence établi par la Constitution (article 63.1 de la LOTC) et en tant que tel doit être débattu »⁵⁰⁸. Cette question ne peut exister de façon indépendante (il s'agirait d'un simple recours contre un acte administratif, justiciable du juge ordinaire), mais à l'inverse elle fait partie intégrante de la délimitation des compétences entre l'État et les Communautés autonomes.

Reste à déterminer les causes dont procèdent les liens unissant aux conflits positifs, les moyens fondés sur l'inadaptation du rang hiérarchique.

La réponse à cette interrogation découle de la motivation de la décision 32/83. Aux termes de celle-ci, le Tribunal constate d'abord qu'il existe en vertu de la Constitution, une distribution des fonctions entre les différents organes de l'État (entendu au sens strict, c'est-à-dire considéré comme le pouvoir central par opposition aux Communautés autonomes). Ceci posé, et dans la logique des conflits positifs de compétence, « la nature même de la compétence controversée peut impliquer qu'elle ne puisse être exercée que par un organe de l'État et seulement par lui »⁵⁰⁹. L'introduction des questions de rang normatif, et par ce biais, de la réserve de loi, dans les conflits positifs est donc liée à la nature même de la compétence répartie. C'est en considération de celle-ci qu'il appartient au tribunal non seulement d'en déclarer le titulaire, mais aussi de vérifier concrètement la constitutionnalité de son exercice.

Plus précisément, l'hypothèse du défaut de rang normatif adéquat se ramène toujours, vu les données procédurales et l'absence de réserve réglementaire⁵¹⁰, à vérifier que l'acte *infra-légal* est formellement suffisant, c'est-à-dire que les mesures qu'il prévoit n'auraient pas dû être édictées par une loi. Il s'agit donc d'un instrument de sanction d'un éventuel empiètement de l'Exécutif sur le domaine

réservé au pouvoir législatif. La défense de la compétence du législateur est la véritable signification de la jurisprudence analysée.

À ce stade du raisonnement, la problématique se ramène alors à l'étude des raisons qui motivent la défense de la réserve de loi lors d'un conflit délimitateur de compétence. En quoi l'acte législatif étatique est-il pertinent dans le cas de compétences réparties entre l'État central et les Communautés autonomes ?

En réalité, si la Constitution a prévu que telle matière, partagée entre l'État et les Communautés, devait être régie par la loi, ceci se présente comme une garantie vis-à-vis de celles-ci⁵¹¹. Là encore, on retrouve l'avantage de la loi sur l'acte réglementaire, du point de vue des garanties qu'offre ce type de norme. La prévision constitutionnelle de la loi s'analyse ainsi, dans les cas de matières réparties, comme un élément de protection pour la compétence des Communautés autonomes : elle présente certaines caractéristiques (discussion publique et contradictoire notamment) qui font présumer qu'a été pris en compte la dimension autonome. De la même façon, la loi permet de répondre à certaines exigences de sécurité juridique (principe dont la Constitution proclame la valeur constitutionnelle) : publicité, promulgation, rigidité relative. Dès lors, les Communautés autonomes peuvent connaître, avec la plus grande exactitude possible, quel est le cadre normatif qui s'impose à elles pour l'édiction des normes de développement.

Cet aspect « garantistique » de la loi sera d'ailleurs invoqué par le Tribunal constitutionnel dans plusieurs décisions rendues sur conflit positif de compétence⁵¹².

Ainsi s'explique que le moyen contentieux basé sur l'inadéquation du rang hiérarchique soit indissociable de la défense des compétences communautaires⁵¹³. L'intégrité de ces dernières passe aussi bien par l'annulation de normes étatiques qui outrepassent leur domaine, que par la nullité de celles dont la « qualité » du rang normatif serait insuffisante. Reste à connaître précisément la place de la loi au sein des normes « basiques ».

B. - La répartition constitutionnelle en matière de normes basiques

La définition, par la jurisprudence, de l'organe étatique compétent pour poser, dans une matière énumérée par l'article 149, des normes basiques, présente deux caractéristiques.

D'une part, c'est en principe au législateur qu'il revient de définir les *bases*. Mais, d'autre part, ce rôle prépondérant n'exclut pas l'intervention, dans certains cas, du pouvoir réglementaire.

1. La place prépondérante de la loi « basique »

L'utilisation par la Constitution, des termes « *bases* », « *normes basiques* », et « *législation basique* » laisse place à l'interprétation. En

511 Cf. R. PUNSET, « Sujetos, actos impugnables y presupuesto de la impugnación en los conflictos positivos de competencia », REDC 1989, n° 26, p. 119.

512 STC 69/88, Fondement juridique 5, JC, t. 20, p. 829 ; STC 80/88, Fondement juridique 5, JC, t. 20, p. 965 ; STC 13/89, Fondement juridique 3, JC, t. 23, p. 95.

513 En ce sens, l'extrait suivant du Fondement juridique 8 de la décision 87/85 (précitée) est illustratif. Le Tribunal déclare, à propos des arrêts 32 et 42/83 que « en aquellos casos, el examen de la suficiencia de rango de las disposiciones delimitadoras de competencias era necesaria porque el proceso constitucional se había promovido por una Comunidad Autónoma, precisamente en defensa de las mismas competencias ».

508 STC 32/83, Fondement juridique 1.

509 Fondement juridique 1.

510 Cf. *supra*.

particulier, la faculté d'édicter les *bases* d'une matière n'inclut-elle pas l'obligation d'utiliser un vecteur spécifique : l'acte législatif. On aboutirait ainsi à une délimitation fonctionnelle entre normes basiques et normes de développement.

Au contraire, on pourrait considérer que la notion de « *bases* » est matérielle, leur support normatif étant indifférent. C'est cette problématique qu'a dû trancher la juridiction constitutionnelle. La décision 32/81 du 28 juillet 1981⁵¹⁴ devait en fournir l'occasion. Elle affirme pour la première fois l'impératif du recours à la loi pour la définition des normes basiques. Par la suite, elle devait être confirmée par une décision du 28 janvier 1982⁵¹⁵.

Le premier des fondements juridiques de cette décision indique en effet que « considérant le caractère fondamental et général des normes de *base*, l'instrument pour les établir postérieurement à la Constitution est la loi ».

Il en résulte que celles-ci doivent être édictées par les *Cortes Generales* et non par le Gouvernement, comme devait le souligner le Tribunal constitutionnel : « ce que ne pourrait faire le Gouvernement, c'est de définir en termes généraux, par voie de *Real Decreto* les *bases* d'une matière puisque c'est au législateur postconstitutionnel qu'il revient d'établir ce que l'on entend par *bases* d'une matière »⁵¹⁶. Tant et si bien que l'établissement par le Gouvernement d'aspects basiques sous forme réglementaire encourt l'annulation⁵¹⁷.

Cet « appel à la loi » se justifie donc par l'organe législatif lui-même. Ce qui est souhaité à travers la loi, c'est l'intervention du Parlement.

Résumée, cette jurisprudence établit un lien entre la norme basique et la nécessité d'une définition législative. On notera toutefois que le Tribunal constitutionnel insiste sur la validité temporelle de la règle dégagée : elle n'est établie que pour les normes basiques postérieures à la Constitution. Autrement dit, des normes basiques peuvent être inférées de l'ensemble du droit antérieur à la Constitution, dès lors, du moins qu'il est compatible avec celles-ci.

Le Tribunal constitutionnel devait d'ailleurs valider expressément cette interprétation dans une décision du 17 octobre 1988⁵¹⁸. Il y est dit que le principe selon lequel les normes de « *base* » édictées après la Constitution doivent normalement revêtir la forme de loi, n'exclut pas que ces *bases* puissent être inférées de la législation préconstitutionnelle.

D'autre part, en tant que règle de compétence, l'obligation du recours à l'acte législatif ne concerne pas les normes préconstitutionnelles. Autrement dit, des règles « basiques » peuvent être induites d'actes réglementaires antérieurs à 1978. Il n'est, en effet, pas possible d'exiger, dans ce cas, que soient remplies les conditions formelle de rang normatif, postérieures à l'édiction de l'acte⁵¹⁹.

Ceci exposé, il faut préciser que la place faite à la loi en matière basique n'exclut pas totalement l'intervention du pouvoir réglementaire. Comme l'a écrit A. Torres del Moral, « même si la définition légale est prévalente, elle n'est pas unique ; la régulation réglementaire du Gouvernement peut la compléter »⁵²⁰.

⁵¹⁴ JC, t. 2, p. 225, Fondement juridique 5.

⁵¹⁵ STC 1/82, JC, t. 3, p. 1.

⁵¹⁶ STC 32/83 du 28 avril 83 ; JC, t. 5, p. 338 ; Fondement juridique 2 et Fondement juridique 1.

⁵¹⁷ Cf. G. FERNANDEZ FARRERES, « El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », REDC 1984, n° 12, p. 105-146.

⁵¹⁸ STC 186/1988 ; Fondement juridique 5 ; JC, t. 22, p. 283.

⁵¹⁹ STC 13/89, Fondement juridique 3 ; JC, t. 23, p. 95.

⁵²⁰ Principios de derecho constitucional español, vol. 2, p. 157, 2^e éd., Atomos, Madrid, 1988.

Dès la décision 1/82⁵²¹, le Tribunal admet que la loi de *bases* peut être complétée par des actes réglementaires étatiques (« *el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto, y de modo complementario, alguno de los aspectos básicos de una materia determinada* »). Il est toutefois nécessaire qu'une « loi basique » soit préalablement intervenue⁵²².

La combinaison entre la place prépondérante reconnue à la loi et la possible intervention de l'Exécutif forme donc la jurisprudence du Tribunal constitutionnel en matière de régulation basique. Le système ainsi défini a fait l'objet de nombreuses réitérations⁵²³. D'ailleurs, le Tribunal suprême prend en compte, à son niveau, cette jurisprudence⁵²⁴. En l'espèce, ayant à juger de la légalité d'un décret établissant des normes basiques en matière de rétribution des fonctionnaires, la cinquième Chambre considère que « s'il est certain que... le Tribunal constitutionnel a énoncé que, postérieurement à l'entrée en vigueur de cette Constitution, l'instrument normal pour déterminer les *bases* [...] est la loi formelle, il n'en demeure pas moins que cette Haute juridiction a admis que le Gouvernement pouvait, par voie réglementaire, réguler de façon complémentaire les aspects fondamentaux d'une matière déterminée... ».

La mise en place des normes basiques apparaît comme un exercice de collaboration internormative⁵²⁵. Mais cette collaboration est déséquilibrée au profit de la loi et au détriment du règlement, qui ne peut intervenir que dans des cas restreints.

2. La place limitée du règlement basique

Si l'Exécutif peut bien intervenir pour réglementer les *bases* d'une matière, ce n'est que de façon limitée. Il s'agit seulement d'une dérogation au principe qui demeure celui de la compétence législative.

Ceci apparaissait déjà dans les premières décisions autorisant le Gouvernement à édicter des décrets « basiques ». Ces derniers ne pouvaient apporter qu'une régulation complémentaire à celle de la loi. Par la suite, le Tribunal constitutionnel devait affirmer le caractère exceptionnel de leur intervention dans plusieurs décisions⁵²⁶.

Il s'ensuit que c'est seulement dans certaines hypothèses que le pouvoir réglementaire pourra participer à la « régulation basique »⁵²⁷. L'observation de la jurisprudence constitutionnelle permet de déterminer un certain nombre de cas dans lesquels la loi peut valablement faire place au règlement pour régir des *bases*.

En premier lieu, le Tribunal constitutionnel considère la matière même qui doit être l'objet de *bases*. Selon lui, il existe des matières dont la nature est

⁵²¹ Précitée ; Fondement juridique 1.

⁵²² Décision 32/83, FJ 2, précitée.

⁵²³ Par exemple : STC 42/83, JC, t. 6, p. 85 ; STC 76/83, Fondement juridique 24, JC, t. 6, p. 469 ; STC 69/88, Fondement juridique 5, JC, t. 20, p. 829 ; STC 182/88, Fondement juridique 5, JC, t. 22, p. 230 ; STC 186/88, Fondement juridique 5, JC, t. 22, p. 283 ; STC 35/92, Fondement juridique 5, JC, t. 32, p. 458.

⁵²⁴ Par exemple, arrêt du 15 avril 1988 (R. Ar. 8743).

⁵²⁵ La décision 85/83 (JC, t. 7, p. 78) parle de « nécessaire collaboration entre la loi et le règlement » pour la définition des « *bases* » (Fondement juridique 8).

⁵²⁶ Notamment STC 69/88, Fondement juridique 5, JC, t. 20, p. 829 ; STC 80/88, Fondement juridique 5, JC, t. 20, p. 965 ; STC 182/88, Fondement juridique 5, JC, t. 22, p. 230 ; STC 132/89, Fondement juridique 27, JC, t. 24, p. 633.

⁵²⁷ STC 86/89, Fondement juridique 2, JC, t. 24, p. 70 : la définition des bases « corresponde a las Cortes Generales, y, en determinados supuestos, a la potestad reglamentaria ».

incompatible avec une réglementation législative. Ceci justifie la compétence réglementaire pour en définir les *bases*. Cette position de principe est clairement posée dans la décision 77/85⁵²⁸. Le Tribunal considère que la régulation de matières « basiques » par le Gouvernement est en accord avec les principes constitutionnels si, notamment, « le rang réglementaire est justifié lorsqu'il s'agit de matières dont la nature exige une régulation pour laquelle les normes législatives seraient inadaptées compte tenu de leurs caractéristiques »⁵²⁹. Elle devait être réaffirmée, non moins explicitement, dans des décisions ultérieures⁵³⁰.

Reste à concrétiser la notion de caractéristiques légitimant l'intervention du pouvoir réglementaire. La jurisprudence peut être résumée sous deux rubriques.

D'une part, le caractère éminemment technique de la matière peut justifier que les « normes basiques » soient définies par des actes administratifs. Ainsi, dans la décision 76/83⁵³¹, le Tribunal, après avoir rappelé le principe de prévalence de la loi en matière basique, dit que « l'habilitation au Gouvernement apparaît justifiée, dans la mesure où la matière en cause, très technique, est plus propice au règlement qu'à la loi ». On retrouve ici sous-jacente la dialectique entre la loi, norme politique, et le règlement, norme administrative.

D'autre part, la mutabilité de la matière basique dégage un champ normatif au profit des décrets royaux. Tel est le cas lorsque la réglementation doit évoluer fréquemment, revêtant un caractère conjoncturel⁵³². La nécessité de constantes révisions des normes pour obtenir une adéquation totale aux variations des données, implique le recours au pouvoir réglementaire⁵³³.

Dans ce cadre précis, la rigidité de l'acte législatif se présente comme un obstacle à la modification rapide de la norme « basique ». Au contraire, le règlement permet d'intégrer celle-ci dans un processus d'adaptation⁵³⁴. Là encore, on rencontre une des justifications traditionnelles du pouvoir réglementaire : la complexité, le formalisme de la procédure législative et l'incertitude de son issue, s'opposent aux capacités de réaction rapide de l'Exécutif.

En second lieu, l'autre hypothèse générique d'admission du règlement est constituée par l'existence d'une législation préconstitutionnelle régissant la matière sur laquelle l'État ne dispose plus, depuis 1978, que de la compétence « basique ». L'intervention réglementaire permet d'adapter cette législation à la

Constitution postérieure, tout en individualisant les éléments « basiques » qu'elle contient⁵³⁵.

Cette possibilité d'inférer, de la législation antérieure, les « bases » d'une matière, par voie réglementaire a été dégagée dès l'arrêt du 28 juin 1982⁵³⁶. Elle a été régulièrement confirmée par la suite⁵³⁷ et n'a pas disparu malgré les craintes de certains auteurs⁵³⁸.

Dans une certaine mesure, ces décisions sont comparables à la jurisprudence française dite de « l'état de la législation antérieure ».

Naturellement, une telle réglementation des *bases* revêt un caractère provisoire puisqu'elle n'est qu'un palliatif à l'intervention du législateur postérieure à la Constitution⁵³⁹. Cette hypothèse se rattache à la conception du règlement comme supplétif transitoire des carences du législateur.

Outre les limites constituées par le cantonnement de l'acte réglementaire à certaines matières, celui-ci doit aussi être le complément nécessaire d'un contenu basique⁵⁴⁰. En effet, il s'intègre dans le cadre d'une compétence étatique (la définition des *bases*) et ne doit donc pas empiéter sur les compétences de développement reconnues aux Communautés autonomes. L'utilisation d'actes réglementaires n'est qu'un moyen d'assurer une compétence constitutionnelle, « complément nécessaire pour garantir le but correspondant à la compétence étatique sur les *bases* »⁵⁴¹. Elle ne doit pas permettre à l'État d'outrepasser son rôle, mais doit s'intégrer au sein du processus normatif basique. Il est donc nécessaire que le règlement ait un contenu « basique », c'est-à-dire un contenu qui ne peut souffrir d'une pluralité et d'une différenciation que ne manquerait pas d'entraîner sa régulation par chaque Communauté⁵⁴².

Au total, on doit constater qu'il existe une véritable répartition normative « basique », fondée sur l'affirmation d'un principe et la reconnaissance d'exceptions. Ceci n'est pas sans conséquences.

C. - Les implications de la répartition normative « basique »

La question de l'existence d'une réserve de loi est sous-jacente à toute répartition normative. Les *bases* n'échappent pas à la règle.

Mais ceci n'est pas la seule implication des principes étudiés. En particulier, la collaboration internormative rétroagit sur le concept même de *bases*.

528 JC, t. 12, p. 188.

529 Fondement juridique 16.

530 STC 189/89 (JC, t. 25, p. 481) : « Normas básicas que ..., por la misma naturaleza de la materia, requieren, junto a una prevision legal, una concrecion de caracter reglamentario... » (Fondement juridique 3). Voir aussi, STC 190/89 (JC, t. 25, p. 490).

531 JC, t. 26, p. 577, Fondement juridique 24.

532 STC 186/88, Fondement juridique 5, t. 22, p. 283.

533 STC 77/85, précitée, Fondement juridique 16 : « pueden imaginarse sin dificultad otros aspectos básicos de ese regimen que el legislador ha preferido remitir al Gobierno de la Nacion, por tratarse de materias que por su caracter organizatorio y prestacional exigen una continua adecuacion, siendo por ello justificado su tratamiento reglamentario » ; voir aussi : STC 132/89, Fondement juridique 27, t. 24, p. 633.

534 STC 86/89, Fondement juridique 23, JC, t. 23, p. 70 : si « la Ley aprobada en Cortes es el medio ordinario de fijacion de bases, (el Tribunal constitucional) tambien ha admirado la potestad reglamentaria en este extremo en materias que, por su naturaleza cambiante e coyuntural, exigen una actividad normadora que tenia unas caracteristicas de rapidez y capacidad de ajuste que la Ley no tiene » ; voir aussi : STC 158/86, Fondement juridique 3, JC, t. 16, p. 460.

535 STC 69/88, Fondement juridique 5 ; JC, t. 20, p. 830 : « Esta excepcion (l'intervention gouvernementale pour définir les "bases"), establecida principalmente para adecuar la legislacion preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional, como es la organizacion territorial del Estado... » ; voir aussi : STC 13/89, Fondement juridique 5 ; JC, t. 23, p. 95.

536 STC 1/82, précitée.

537 STC 85/83, FJ 4, JC, t. 7, p. 78 : adaptation de la Ley de bases de Regimen local du 6 octobre 1977, l'article 149-1.18 de la Constitution réservant à l'État la définition des bases du régime juridique des administrations publiques ; STC 186/88, Fondement juridique 5, JC, t. 22, p. 283 : adaptation de la loi 25/1970, Estatuto de la vna, del vino y de los alcoholes à l'article 149-1.13 (bases de la planification générale de l'activité économique).

538 Cf. E. GARCIA DE ENTERRIA et T. RAMON FERNANDEZ, Curso de derecho administrativo, op. cit., t. 1, p. 306.

539 STC 32/83, précitée, Fondement juridique 2.

540 STC 85/83, précitée, Fondement juridique 4.

541 STC 80/88, précitée, Fondement juridique 5.

542 STC 189/89, Fondement juridique 2, JC, t. 25, p. 481.

1. Sur le concept de bases

L'interrogation la plus importante concerne la conception des *bases* retenue par le Tribunal constitutionnel. S'agit-il d'une notion matérielle ou d'une notion formelle ?

La définition des tâches respectives de la loi et du règlement en matière « basique » permet d'esquisser une réponse.

Effectivement, dans une première acception, l'opposition entre les caractères matériels et formels peut être aperçue comme un antagonisme sur le titulaire de la compétence « basique ».

Si la conception formelle est retenue, seul un certain type de norme (en l'espèce la loi) pourra réguler les *bases* ; si, au contraire, la conception matérielle prédomine, cette régulation pourra indifféremment être l'œuvre de la loi ou du règlement, en fonction des seuls principes constitutionnels relatifs aux sources sans spécificité propre. Dans ce dernier cas, importe uniquement, pour déterminer l'éventuel caractère basique de la norme, son contenu et non la forme qu'elle revêt.

De ce point de vue, il existe incontestablement une condition formelle à l'édition des *bases*. Le Tribunal constitutionnel posant en principe la compétence exclusive du législateur pour définir celles-ci, il est amené à vérifier la validité des interventions de l'Exécutif. Et dans l'hypothèse où celles-ci ne coïncident pas avec les cas exceptionnels d'admission du règlement⁵⁴³, il n'hésite pas à annuler la réglementation « basique » ainsi posée⁵⁴⁴.

D'ailleurs, le Tribunal de Madrid parle lui-même de « condition formelle afin que la "*norma básica*" soit incluse dans la loi votée par les *Cortes* »⁵⁴⁵.

Dans un second sens, la dialectique formelle/matérielle est relative aux méthodes d'identification des *bases*. La conception formelle implique ici que les *bases* aient été définies comme telles par l'organe qui les a produites. Il faut une qualification qui témoigne de la volonté de l'auteur de la norme d'établir les bases d'une matière. À l'inverse, la conception matérielle fait référence à un contenu : les *bases* sont reconnaissables à un certain nombre de critères. Il s'ensuit que l'attribution de ce label par l'État peut être contrôlé par les juridictions. Et simultanément, une norme qui n'aurait pas été étiquetée comme « basique » par l'organe dont elle émane pourrait parfaitement se voir reconnaître une telle nature.

Sans rentrer dans une problématique étrangère à notre sujet, il faut indiquer que le Tribunal constitutionnel a d'abord retenu un concept purement matériel des *bases*⁵⁴⁶, avant de combiner celui-ci avec un concept formel. Aux termes de celui-ci « la loi... doit expressément énoncer le caractère de base de la norme ou au moins, être dotée d'une structure qui permet d'en déduire sa vocation ou sa préntention basique »⁵⁴⁷.

Or, qu'en est-il des cas dans lesquels le pouvoir réglementaire peut définir des *bases* ? Pour le Tribunal constitutionnel, la dérogation au principe de la compétence législative n'amoindrit pas les autres exigences formelles relatives à l'expression (expresse ou tacite) du caractère basique de la norme⁵⁴⁸.

543 Cf. *supra*.

544 Par exemple, STC 32/83.

545 STC 80/88, précitée, Fondement juridique 5.

546 STC 32/81, précitée, Fondement juridique 6.

547 STC 69/88, précitée, Fondement juridique 5 ; sur cette jurisprudence, voir P. CRUZ VILLALON, « Chronique Espagne », *AJJC* 1988, vol. IV, Economica-PUAM, 1990, p. 314.

548 STC 69/88 ; STC 80/88, précitée, Fondement juridique 5 ; STC 186/88, précitée, Fondement juridique 5.

Bien au contraire, compte tenu du caractère exceptionnel de l'intervention du décret en matière basique, l'identification comme tel d'un acte réglementaire sera plus difficile. En effet, seule la loi étant censée poser des *bases*, la reconnaissance du décret « basique » ne s'impose pas d'elle-même. Aussi, en l'absence de désignation expresse par les auteurs du décret eux-mêmes, la possibilité d'inférer de sa structure ou de son contenu sa classification comme norme « basique » est plus limitée que dans le cas d'une loi⁵⁴⁹.

Non seulement la condition formelle n'est-elle pas diminuée mais encore doit-elle « être exigée avec plus de rigueur lorsque la norme en cause est de rang réglementaire et non de rang légal »⁵⁵⁰. La conception formelle des *bases* se trouve ainsi renforcée dans l'hypothèse de définition réglementaire.

Ceci n'est pas la seule conséquence de l'admission du règlement « basique ». Il ne faut pas perdre de vue que les normes autonomes sont appelées à développer les normes de *bases*. Ces normes de développement revêtent la forme de lois ou de règlements autonomes.

Toutefois, lors de cet exercice de collaboration normative, les Communautés autonomes doivent respecter les *bases* préalablement établies ou inférées de la législation existante.

Il se trouve ainsi des cas dans lesquels une loi autonome développe des *bases* contenues dans un acte réglementaire. Elle ne peut contredire les prescriptions établies par le décret qui s'impose à la loi. À la limite, celle-ci peut être annulée pour violation du règlement *basique*⁵⁵¹. On aboutit alors à ce qui semble être une inversion de la hiérarchie entre la loi et le règlement⁵⁵². La loi autonome est tenue de se conformer au règlement national.

En réalité, le concept de *bases*, en tant qu'il s'intègre dans les relations entre deux ordres juridiques, revêt une certaine autonomie par rapport au principe hiérarchique. La question des relations entre les *bases* et les normes de développement a trait à la délimitation des compétences entre l'État et les Communautés. Il s'agit d'un problème de compétence, non de hiérarchie⁵⁵³.

D'ailleurs, on peut noter que les lois autonomes sont aussi tenues de respecter les lois « basiques », malgré leur parité sur le plan hiérarchique. Cette remarque démontre l'inapplicabilité de la hiérarchie normative aux relations entre les *bases* et les normes de développement.

Ceci défini, on peut constater que c'est au sein de la compétence étatique que se pose l'interrogation sur l'éventuelle existence d'une réserve de loi en matière « basique ».

2. Sur l'existence inductive d'une réserve de loi

Il s'agit de savoir si l'article 149 de la Constitution génère, dans ses références aux *bases*, une réserve de loi. Autrement dit, les normes de *bases* sont-elles régies par cette institution, en conséquence même de leur caractère « basique » ?

549 STC 13/89, Fondement juridique 3 ; JC, t. 23, p. 95.

550 P. CRUZ VILLALON, « Chronique Espagne », *AJJC* 1989, vol. V, Economica-PUAM, 1991, p. 418.

551 STC 87/85, précitée : annulation de dispositions d'une loi du Parlement de Catalogne au motif qu'elles violent des « *bases* » définies dans un décret de 1983.

552 Cf. A. TORRES DEL MORAL, *Principios de derecho constitucional*, Atomos, Madrid, 2^e éd., 1988, p. 157 ; I. DE OTTO, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, op. cit., p. 281.

553 C'est ce que pense A. TORRES DEL MORAL, op. cit., p. 156 : « *En lugar del principio de jerarquía hemos de utilizar el de competencia* ».

À la vue des données rassemblées, on constate que c'est la loi qui a une place constitutionnellement attribuée pour définir les *bases*, tandis qu'à l'inverse l'intervention réglementaire, étroitement surveillée par le Tribunal constitutionnel, et par le Tribunal suprême, n'est admise que dans des cas limitatifs et strictement définis. Par ailleurs, le règlement « basique » n'est autorisé, postérieurement à la Constitution, que s'il a été édicté sur le fondement d'une loi⁵⁵⁴. Et le Tribunal constitutionnel vérifie l'ampleur des renvois opérés par la loi au profit du pouvoir réglementaire en censurant les éventuelles délégalisations⁵⁵⁵.

Les éléments caractéristiques de la réserve de loi paraissent donc rassemblés. Les compétences partagées entre l'État et les Communautés autonomes seraient un nouveau domaine d'application de cette institution de régulation des sources normatives.

Pourtant, le rattachement à la réserve de loi des obligations constitutionnelles applicables à l'édition des bases a été rapidement mis en doute.

Dès 1984, G. Fernandez Farres écrivait que « la justification ... du principe selon lequel la fixation des aspects basiques d'une matière doit être effectuée par une loi des *Cortes Generales* ne relève pas de la réserve de loi, mais de la nature même de la compétence étatique, dans la mesure où par cette voie, la compétence de l'État est délimitée »⁵⁵⁶. Ce serait la nature même de la compétence étatique, en tant qu'elle a un impact sur la compétence autonome, qui impliquerait le recours à la loi.

Mais cette thèse procède d'une confusion entre l'institution et sa justification. Si la raison donnée justifie bien le recours à la loi, celui-ci ne peut se faire qu'à travers la médiation d'une technique de régulation des compétences entre lois et règlements. Seule la réserve de loi peut fonder constitutionnellement la place prépondérante conférée à la loi au détriment du règlement.

De façon plus déterminante, certaines décisions du Tribunal constitutionnel remettent en cause l'idée d'une réserve de loi spéciale à la législation « basique ».

Dans la décision 85/83⁵⁵⁷, il est affirmé « qu'il n'y a pas nécessairement une réserve de loi à l'article 149.1.18 pour la définition des normes basiques ». De même, dans la décision du 11 juin 1987⁵⁵⁸, le Tribunal déclare que l'article 149.1.18 « a pour objet la définition de normes de compétence, sans rien disposer quant aux relations entre la loi et le règlement, et sans établir non plus, une quelconque réserve en faveur de celle-là ».

Pour J. Jimenez Campo, on ne peut fonder une réserve de loi spécifique en matière basique⁵⁵⁹. Partant de l'idée qu'il n'existe pas de réserve générale de loi,

il en déduit, classiquement⁵⁶⁰, que le règlement indépendant peut réguler les matières non objet de réserves⁵⁶¹. Dans ces conditions, considérer l'existence d'une réserve de loi « basique » aboutirait à exiger la loi, là où parfois suffirait (en conséquence de la non affectation d'une réserve de loi) un simple acte réglementaire, pour la seule raison que la matière est partagée entre l'État et les Communautés autonomes. Une telle conclusion serait alors perturbatrice de l'ordre général des relations entre la loi et le règlement, « juxtaposant aux principes constitutionnels en la matière, une autre régulation parallèle »⁵⁶².

Cette absence de réserve de loi spéciale aux *bases* aboutit à autoriser leur définition *ex novo*, par voie réglementaire, dès lors qu'il n'y a pas de réserve de loi propre à la matière réglementée : cette institution joue seulement en fonction de la matière à réguler, indépendamment du mode de régulation (intégrale ou seulement basique). En effet, l'utilisation du règlement indépendant ne doit pas être paralysée par le seul fait que le domaine ainsi ouvert est un de ceux sur lequel l'État pose les *bases*⁵⁶³.

Reste pour cet auteur à expliquer l'étroit contrôle des renvois opérés par la loi « basique ». C'est le rôle du principe de « *preferencia de ley* ». En vertu de celui-ci, si le législateur a décidé d'exercer lui-même la compétence basique (soit qu'il y soit contraint par l'existence de réserves, soit, hors ces cas, qu'il se substitue au pouvoir réglementaire), il ne peut alors renoncer à cette tâche en habilitant le Gouvernement. Au contraire, sa régulation doit être la plus complète possible⁵⁶⁴.

Ainsi, les *bases* formeraient un système normatif au sein duquel joueraient les différentes réserves de loi, sans autres spécificités propres, et notamment sans qu'il existe une réserve de loi spéciale pour les *bases*, que la superposition du principe de « *preferencia de ley* ».

Pourtant cette thèse ne décrit qu'imparfaitement la réalité telle qu'elle apparaît à travers la jurisprudence constitutionnelle. Elle ne permet pas d'expliquer totalement l'impératif, jamais démenti, de recours à la loi pour la définition des *bases*. Effectivement, cette nécessité est affirmée par le Tribunal constitutionnel sans que celui la rattache à une réserve de loi particulière à la matière régulée.

D'autre part, contrairement aux prévisions de Jimenez Campo, il n'est pas possible de configurer des cas dans lesquels le Tribunal constitutionnel aurait validé des règlements indépendants posant des *bases*. Au contraire, ce même Tribunal a établi l'obligation d'une habilitation comme préalable à l'émission de décrets « basiques »⁵⁶⁵. La seule exception réside dans la possibilité pour le pouvoir réglementaire d'inférer des *bases* de la législation préconstitutionnelle ; et encore là, s'agit-il d'une potentialité restreinte dans la mesure où le règlement ne peut qu'adapter ces normes aux nouvelles structures constitutionnelles, sans les remettre en cause en quoi que ce soit.

Enfin, cette théorie obscurcit la réserve de loi en tant qu'institution unitaire. Hors des différentes réserves, on voit mal pourquoi le législateur serait tenu, dès lors qu'il se saisit d'une matière, d'exercer une régulation complète. Ce principe

554 STC 32/83, précitée, Fondement juridique 2 ; STC 77/85, précitée, Fondement juridique 16 : « La regulación reglamentaria, ... pues de materias básicas por parte del Gobierno resultaría acorde con los preceptos constitucionales si, primeramente, resultara de una habilitación legal, ... ».

555 STC 132/89, précitée.

556 « El sistema de conflictos de competencia entre el estado y las comunidades autonomas en la jurisprudencia del T.C. », REDC 1984, n° 12, p. 138 et 139.

557 JC, t. 7, p. 78 ; Fondement juridique 8.

558 STC 99/87, JC, t. 18, p. 390.

559 « Que es lo básico ? Legislación compartida en el estado autonomico », REDC 1989, n° 27, p. 39. C'est aussi ce que pensait I. DE OTTO : « cuando se atribuye al estado la competencia para la legislación básica sobre una materia no se establece sobre ella una reserva de ley » (Derecho constitucional-sistema de fuentes, op. cit., p. 281).

560 Cf. *supra*.

561 On remarquera ici encore la parenté avec les thèses de I. de Otto, auxquelles d'ailleurs l'auteur déclare se rallier en grande partie (op. cit., note 44).

562 Op. cit., p. 77.

563 Op. cit., p. 78.

564 Op. cit., p. 77.

565 STC 77/85, précitée, Fondement juridique 16 ; cf. *supra*.

du « tout ou rien » aboutit, sous couvert du principe de « *preferencia de ley* », à confondre le régime des matières réservées et celui des matières hors réserve.

On voit donc, au fil de ces développements, que l'interrogation sur les liens entre les normes de *bases* et la réserve de loi demeure. Le seul point clairement élucidé réside dans les motifs du recours à la loi. Ce qui est recherché à travers ce type de règle, c'est d'une part la stabilité normative et d'autre part, un certain processus d'élaboration de la norme⁵⁶⁶. Mais, la dialectique normes de *bases*/normes de développement pouvant être perçue comme une opposition entre l'intérêt général communautaire et l'intérêt général national, il s'agit aussi de mettre en œuvre une norme de nature politique. Effectivement, la décision politique est avant tout celle qui définit l'intérêt général. C'est cette dimension qui implique la compétence de la loi, à titre premier, pour définir les *bases*. On s'aperçoit alors que les normes basiques ne sont qu'un champ d'application des propriétés spécifiques à la loi.

Le tableau ainsi dressé des relations entre la loi et le règlement « basique » ne doit pas éluder les autres techniques de délimitation des compétences entre l'État et les Communautés autonomes.

§ 2 - COMPÉTENCE DE LÉGISLATION ET DE COORDINATION ET RÉPARTITION NORMATIVE

L'article 149 de la Constitution prévoit, outre les *bases*, la compétence exclusive de l'État pour assurer d'une part, la « législation » dans certaines matières⁵⁶⁷ et d'autre part, une coordination pour d'autres⁵⁶⁸.

La compétence de coordination se comprend d'elle-même. Il s'agit d'éviter, dans les matières qui en sont l'objet, de trop grandes disparités que pourrait entraîner la diversité des normes mises en place par les Communautés autonomes. Cette unification met en place un cadre général nécessaire pour préserver l'unité de l'État.

La compétence de « législation » s'intègre, elle aussi, dans le processus de collaboration normative entre l'État et les Communautés autonomes. En effet, les différentes administrations autonomes ont qualité pour exécuter la « législation » posée par l'État, soit que ce titre leur soit attribué par la Constitution⁵⁶⁹, soit que les statuts d'autonomie aient reconnu cette faculté aux profils des organes des Communautés⁵⁷⁰.

On va examiner dans cette partie, qu'elle est la place respective, en vertu de la Constitution, de la loi et du règlement pour l'exercice des compétences de coordination et de législation.

Cette donnée est d'ailleurs fondamentale pour déterminer le contenu du concept d'exécution de la « législation » étatique. De là dépendra l'ampleur de la

compétence communautaire. Il faudra donc tirer les conséquences, sur le plan communautaire du descriptif des compétences.

A. - L'absence de réserve de loi spécifique

Si la compétence de coordination peut être exercée par l'Exécutif national, le terme « législation » recouvre un complexe formé de la loi et du règlement.

1. Le règlement peut coordonner

L'interrogation sur les exigences constitutionnelles quant à l'organe compétent pour définir les normes de coordination a été posée au Tribunal constitutionnel lors des affaires ayant donné lieu aux décisions 32 et 42/83⁵⁷¹.

Dans un premier temps, le Tribunal distingue la notion de coordination de celle de *bases*. En se livrant à une interprétation littérale, il remarque que la Constitution n'associe pas toujours les deux concepts. Il en déduit que la compétence de coordination « est une compétence distincte de celle de fixation des *bases* »⁵⁷². Consécutivement, le régime des normes de coordination n'a pas à être nécessairement aligné sur celui des *bases*.

Spécifiquement, le caractère réglementaire d'une norme ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit considérée comme étant de nature coordinatrice⁵⁷³. Ceci est confirmé implicitement par la décision 42/83⁵⁷⁴ qui discrimine entre l'hypothèse où le décret déferé serait qualifié de « basique » et consécutivement annulé pour insuffisance de rang normatif, et celle où il ressortirait à la compétence de coordination : tandis qu'en principe seule la loi peut définir des normes « basiques », le règlement peut procéder à des opérations de coordination.

Cette interprétation est d'ailleurs invoquée par l'avocat de l'État lors de deux décisions ultérieures. À l'occasion de l'affaire conclue par la décision 182/88⁵⁷⁵, il est affirmé que « le Tribunal constitutionnel a plusieurs fois considéré (STC 32/1983, du 28 avril, et 42/1983 du 20 mai) que les dispositions que l'État édicte en utilisant ses facultés de coordination ... ne nécessitent pas le rang formel de loi »⁵⁷⁶. De même, en défense du décret 1.552/1984, le Gouvernement considère que la « coordination de l'activité économique ... peut être développée au moyen de normes réglementaires »⁵⁷⁷.

Pourtant dans aucune de ces hypothèses, le Tribunal n'a l'occasion de réitérer explicitement sa jurisprudence de 1983. Dans la seconde décision citée, il repousse seulement le grief d'inconstitutionnalité formelle fondée sur l'insuffisance de rang normatif du décret attaqué⁵⁷⁸ ; tandis que la décision de 1988, tout en confirmant la distinction entre *bases* et coordination, affirme la nécessité que la dimension coordinatrice d'une norme soit clairement énoncée ou qu'elle puisse être inférée. On trouve à cet endroit un parallèle avec la jurisprudence sur le caractère formel des *bases*, inauguré par la décision 69/88⁵⁷⁹.

⁵⁶⁶ Cf. *supra*.

⁵⁶⁷ Par exemple, 6^e alinéa : « La législation commerciale, pénale et pénitentiaire », 7^e alinéa : « La législation du travail », 9^e alinéa, 12^e alinéa, etc.

⁵⁶⁸ Par exemple, 13^e alinéa : « Coordination de la planification générale de l'activité économique », 15^e alinéa : « Coordination générale de la recherche scientifique et technique », etc.

⁵⁶⁹ Exemple : alinéa 7, « la législation du travail, sans préjudice de son exécution par les organes des Communautés Autonomes ».

⁵⁷⁰ Cf. E. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., t. 1, p. 309 ; ainsi par exemple, de l'article 12.2 du Statut d'autonomie de la Communauté autonome basque.

⁵⁷¹ Précitées.

⁵⁷² STC 32/83, Fondement juridique 2 ; STC 42/83, Fondement juridique 3.

⁵⁷³ STC 32/83, Fondement juridique 2.

⁵⁷⁴ Précitée.

⁵⁷⁵ JC, t. 22, p. 230.

⁵⁷⁶ Antecedentes 2.

⁵⁷⁷ Antecedentes 3 de la STC 145/89 ; JC, t. 25, p. 23.

⁵⁷⁸ Fondement juridique 2.

⁵⁷⁹ Précitée.

En tout état de cause, ce qui apparaît comme une capacité de réglementation de l'Exécutif (capacité et non obligation : compte tenu de l'absence de réserve réglementaire, la loi peut toujours se substituer au règlement), procède sans doute du contenu de l'activité coordinatrice.

Aux dires des décisions 32 et 42/83 « la coordination générale doit être comprise comme la fixation de moyens et de système de relations rendant possible l'information réciproque, et l'homogénéité technique dans certains secteurs »⁵⁸⁰. Cette fonction s'analyse alors essentiellement comme une compétence d'application de politiques décidées hors de son cadre.

Tranchant la controverse doctrinale sur la notion de « coordination »⁵⁸¹, le Tribunal constitutionnel réfute ainsi que celle-ci soit le lieu de définir et d'imposer aux Communautés autonomes le cadre d'une politique sectorielle. Au contraire, il s'agit seulement d'établir des méthodes d'action et d'exercices des pouvoirs et d'aboutir à une homogénéité technique.

L'objet de cette compétence est de générer un certain nombre d'instruments permettant de réaliser une mise en œuvre coordonnée des choix politiques opérés par les différentes entités territoriales. Elle est donc dépourvue de caractère novateur du point de vue normatif.

C'est l'ensemble de ces aspects qui justifie la possibilité de poser par voie réglementaire les normes de coordination. On retrouve en effet le champ classique d'intervention de l'Exécutif : la définition de procédures et de règles techniques. De même, le fait que les normes de coordination n'impliquent pas la fixation de choix politiques, aboutit à amoindrir les exigences relatives à leur rang normatif. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'elles se matérialisent au sein de normes primaires.

Autre est la situation dans le cadre de la compétence de « législation ».

2. Le caractère matériel du concept de législation

Dans les matières où la Constitution réserve à l'État l'intégralité de la compétence de législation (et non seulement les *bases*), la question s'est posée de déterminer le sens de ce terme. Notamment, il s'agit de savoir dans quelle mesure est inclus au sein de ce concept l'exercice du pouvoir réglementaire.

La première hypothèse est de considérer que les constituants ont ainsi fait référence aux seules lois au sens formel, excluant toute possibilité d'intervention du pouvoir réglementaire national. La « législation » équivaldrait alors à l'acte législatif⁵⁸².

Telle n'est pas la voie suivie par le Tribunal constitutionnel. Ce dernier a explicité sa doctrine dans une série de décisions inaugurée par l'arrêt 18/82⁵⁸³, du 4 mai 1982.

Analysant la conception moderne des rapports entre la loi et le règlement, celui-ci constate que le pouvoir réglementaire est une technique de collaboration de l'administration avec le pouvoir législatif, un instrument de participation à la réglementation de la société. Ceci apparaît nettement si l'on considère que le champ ouvert à chaque type de norme dépend de la plus ou moins grande précision du texte légal et de la plus ou moins grande amplitude de l'habilitation

consentie pour son développement réglementaire. Ainsi, si la distinction entre lois et règlements conserve un intérêt sur le plan de leur efficacité respective et des méthodes de contrôle qui leur sont attachées, elle doit être largement relativisée du point de vue de l'unité de régulation d'une matière. Or, c'est cet impératif « que le constituant a à l'esprit en réservant à l'État la législation »⁵⁸⁴.

Il en résulte que lorsque la Constitution emploie le vocable de législation, « elle inclut aussi dans ce terme les règlements considérés comme exécutifs, c'est-à-dire, ceux qui développent la loi et en sont le complément »⁵⁸⁵.

Le concept de « législation » revêt donc un sens matériel dans la mesure où il est formé d'un bloc solidaire composé de la loi et de ses règlements exécutifs. L'exécution par les Communautés autonomes de la « législation » étatique ne saurait se confondre avec l'édition de règlement exécutif, tels que les a définis le Tribunal constitutionnel.

Ce refus de se cantonner à une interprétation littérale est à mettre en parallèle de la solution retenue dans les cas où l'article 149 réserve à l'État la « *legislacion básica* ». On sait en effet⁵⁸⁶ que ce terme n'exclut pas, lui non plus, l'intervention réglementaire.

Le Tribunal constitutionnel justifie par la suite sa position en considérant que la finalité de l'attribution de compétence effectuée au profit de l'État est de maintenir une certaine uniformité dans la régulation de la matière. Celle-ci peut parfaitement être obtenue moyennant le recours aux techniques de collaboration entre la loi et le règlement. On évite ainsi que la loi soit contrainte de réguler la totalité de la matière. Au contraire, l'octroi aux Communautés autonomes de la faculté d'émettre des règlements exécutifs de la « législation » étatique aurait conduit à une division territoriale entre les fonctions de légiférer et d'exécuter. C'est pour éviter cette distinction, préjudiciable à l'exigence unitaire (en tant qu'elle désolidarise partiellement la loi et le règlement pris pour son application), que le Tribunal a réfuté l'identité entre « législation » et acte législatif.

Ce raisonnement devait être réitéré ultérieurement⁵⁸⁷.

La conséquence immédiate de cette jurisprudence est qu'elle réduit le pouvoir des Communautés autonomes. Celles-ci se voient dépossédées de la compétence normative pour édicter les règlements exécutifs de la « législation ». On peut alors s'interroger sur le contenu de la compétence d'exécution que confère à ces entités territoriales la Constitution ou les différents statuts d'autonomie. En réalité, cette notion, tout en apparaissant résiduelle n'en est pas moins effective.

B. - Le contenu de « l'exécution » de la « législation »

Dès la décision 18/82, le Tribunal constitutionnel a affirmé qu'il existait un espace normatif propre aux Communautés autonomes pour « l'exécution » de la « législation ». Celle-ci se manifeste par une compétence réglementaire spécifique qu'il faut ensuite concrétiser.

⁵⁸⁰ Respectivement, Fondement juridique 2 et Fondement juridique 3.

⁵⁸¹ Pour un résumé des thèses en présence, voir AA.VV., *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, op. cit., p. 400.

⁵⁸² Cette thèse a notamment été soutenue par GARCÍA DE ENTERRIA et FERNÁNDEZ dans la première édition de leur cours de droit administratif ; op. cit., t. 1, p. 222.

⁵⁸³ JC, t. 3, p. 226.

⁵⁸⁴ Fondement juridique 3.

⁵⁸⁵ Fondement juridique 5.

⁵⁸⁶ Cf. *supra*.

⁵⁸⁷ STC 35/82, JC, t. 3, p. 426 ; STC 57/82, JC, t. 4, p. 176 ; STC 71/82, JC, t. 4, p. 401 ; STC 71/83, Fondements juridiques 4 et 9, JC, t. 11, p. 56 ; STC 249/88, Fondement juridique 2, JC, t. 22, p. 977 ; STC 86/91, Fondement juridique 3, JC, t. 29, p. 898 ; STC 100/91, Fondement juridique 2, JC, t. 30, p. 60.

1. Une compétence réglementaire spécifique

L'extension du concept de législation au bloc normatif constitué par la loi et ses actes d'application ne purge pas la totalité de la compétence de régulation. Il subsiste un champ normatif. Ceci devait se manifester par l'exclusion du règlement d'organisation du concept de législation, et par son inclusion corrélatrice dans la compétence d'exécution.

Aux termes de la décision du 4 mai 1982⁵⁸⁸ :

« no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista (la uniformidad en la ordenación jurídica de la materia) por referirse a los aspectos organizativos ».

Il résulte de cette jurisprudence que la ligne de partage entre l'État et les Communautés autonomes traverse la compétence réglementaire : d'un côté, le règlement exécutif (qui complète la loi nationale) ; de l'autre, le règlement d'organisation.

Le Tribunal constitutionnel part de l'idée selon laquelle la tradition juridique espagnole connaît de deux types de règlement. La dialectique entre ces deux catégories repose sur le degré de relation avec la loi. Certains règlements apparaissent comme complémentaires d'une loi, si bien que celle-ci est « développée, précisée, appliquée et complétée » par la norme gouvernementale. D'autres, au contraire, ne sont pas nécessairement et immédiatement liés à une loi. Tandis que les premiers ont pour fonction l'exécution de la loi, les seconds ont pour objet de réguler les relations de l'administration avec les administrés. Il s'agit alors d'intégrer ceux-ci à l'organisation administrative. De là découle leur dénomination de règlement d'organisation, étant ici précisé que la réglementation des droits et obligations des administrés leur échappe.

C'est la souplesse de ces liens avec la loi qui justifie que ceux-ci ne s'intègrent pas au champ de la législation, ce concept devant être aperçu, rappelons-le, sous l'angle de la régulation uniforme d'une matière. À l'inverse, le règlement exécutif, tel que défini par la Haute instance constitutionnelle, est étroitement lié à la loi, préservant de la sorte l'unité normative.

Le Tribunal constitutionnel consacre ainsi l'existence d'un véritable pouvoir réglementaire *ad intra*. Il se rattache classiquement, aux modes de régulation interne à l'administration et voit son champ d'intervention strictement cantonné à l'organisation intérieure des organes administratifs.

Naturellement, cette compétence d'organisation, reconnue au profit des Communautés autonomes, peut être concrétisée aussi bien par le recours au pouvoir réglementaire autonome que pour l'édition de lois autonomes⁵⁸⁹. Ceci est dû à l'absence de réserve réglementaire au sein des statuts d'autonomie. Il peut donc exister des « lois autonomes d'organisation », même si l'intervention réglementaire est suffisante du point de vue du rang normatif.

Le principe de délimitation paraît certain : l'État peut compléter la loi par des normes réglementaires, afin de former une législation que les Communautés

⁵⁸⁸ 18/82, précitée.

⁵⁸⁹ Comme devait l'affirmer le Tribunal constitutionnel : STC 35/82, JC, t. 4, p. 426 ; voir cependant en sens contraire, A. EMBID IRUJO, *Los parlamentos territoriales*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 161 ; voir aussi, M.-M. RAZQUIN LIZARAGA, *op. cit.*, p. 118.

autonomes devront mettre en œuvre. Pour ce faire, elles pourront seulement⁵⁹⁰ user de leur pouvoir d'organisation des services.

Toutefois, la décision 86/91 du 25 avril 1991⁵⁹¹ semble élargir la notion d'exécution à des normes autres que d'organisation. La question posée était de savoir si la compétence d'extension des conventions collectives sur le territoire des Communautés relevait de la législation (c'est-à-dire de l'État) ou faisait partie de l'exécution de cette même législation⁵⁹². Considérant que si « *el acto de extension produce efectos sobre el ámbito de aplicación de normas preexistentes* », le Tribunal constitutionnel affirme que « *tales efectos solo son imputables de forma indirecta a la actuación administrativa que no crea una norma nueva sino que se limita a declarar aplicable una ya existente ... En este contexto, no puede discutirse que la actividad de extension puede considerarse de ejecución* »⁵⁹³. Il est vrai que non seulement il n'y a pas création d'une norme, mais en plus l'acte d'extension est sujet à la réalisation de multiples conditions qui encadrent strictement son intervention. Il n'en demeure pas moins que cet acte ne s'identifie pas à un quelconque règlement d'organisation à vocation interne. Dans ce cas, l'intégration au concept d'exécution est seulement dû au caractère proprement exécutif, le règlement d'extension étant une simple mise en application d'une réglementation préexistante.

Au total, il faut retenir que la compétence des Communautés pour l'exécution de la législation n'emporte aucune capacité d'innovation. Selon la terminologie kelsenienne, la part d'application prend le pas sur la part de création. Reste à examiner, à travers des exemples, la signification de la réglementation d'exécution.

2. Une compétence réglementaire identifiable

Une fois la distinction entre actes réglementaires relevant de l'État et ceux relevant des Communautés posée dans son principe, il est nécessaire d'examiner ses modalités de mise en œuvre. En particulier, il s'agit de savoir s'il existe un critère d'identification des règlements d'organisation par rapport aux autres actes administratifs.

Pour le professeur Garcia de Enterría⁵⁹⁴, il est possible de s'inspirer de la discrimination, suscitée par la doctrine allemande⁵⁹⁵, entre règlement juridique et règlement administratif. En effet, les premiers se caractérisent par leur contenu normatif, tandis que les seconds ont une vocation d'organisation. On devrait alors exclure de la catégorie des règlements d'organisation, toute règle qui affecterait la situation juridique des usagers ou des destinataires du service administratif⁵⁹⁶.

Selon ce même auteur, il serait aussi nécessaire de tenir compte de la logique propre à cette technique de délimitation des compétences. Celle-ci a entendu assurer un régime normatif uniforme pour l'ensemble du territoire, tout en conférant aux entités autonomes la responsabilité de son exécution. Il en résulte que toute disposition susceptible d'affecter cette unité « *pertenece a la*

⁵⁹⁰ STC 249/88, Fondement juridique 2, précitée : « *...pudiendo solo la Comunidad Autónoma dictar reglamentos internos de organización de los servicios* ».

⁵⁹¹ JC, t. 29, p. 898.

⁵⁹² Article 149-1-7.

⁵⁹³ Fondement juridique 4.

⁵⁹⁴ *La ejecución autonómica de la legislación del estado*, Civitas, Madrid, 1983, p. 59.

⁵⁹⁵ Cf. *supra*.

⁵⁹⁶ Cf. *supra*.

competencia estatal »⁵⁹⁷, et ne peut donc être considérée comme ayant un caractère organisationnel.

En ce qui concerne le droit positif, il faut noter que le Tribunal constitutionnel a eu l'occasion de s'interroger sur cette limite à la compétence autonome que constitue la notion de règlement d'organisation.

À l'occasion de la décision 18/82⁵⁹⁸, il déclare, de façon générique, que se rattachent à la catégorie des règlements d'organisation, « *los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa* ». Est donc concerné l'ensemble des mesures d'ordre intérieur, nécessaires à l'organisation du service. Toutefois, à ce stade encore, l'incertitude demeure dans la mesure où ce dernier concept est susceptible de revêtir une ampleur plus ou moins grande.

Deux autres décisions devraient venir préciser, à propos de cas concrets, les limites de la norme d'organisation. Dans la sentence du 30 juin 1982⁵⁹⁹, le Tribunal avait à juger d'un décret du gouvernement basque élargissant les compétences de contrôle des comités d'entreprise des firmes recevant des subventions de la Communauté autonome. Or, l'article 149.1.7 de la Constitution réserve à l'État la législation du travail. Considérant que le décret litigieux avait pour objet l'élargissement des droits de participation des travailleurs, la juridiction constitutionnelle l'annule, motif pris qu'en ne se cantonnant pas à la sphère d'exécution, il viole la compétence étatique. C'est parce que les règles prévues dans le décret modifient la situation juridique de certaine catégorie de salariés qu'elles dépassent le cadre autonome.

Une solution identique devait être retenue par la décision 57/82, du 27 juillet 1982⁶⁰⁰. Était encore en cause un décret de l'Exécutif basque ayant cette fois pour objet d'autoriser une convention collective au profit des membres de l'Administration territoriale. Après avoir réitéré que correspond seulement à la « *Comunidad Vasca la potestad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios* », le Tribunal annule le décret autonome, s'agissant « *de una disposición de naturaleza reglamentaria ejecutiva o normativa, que indudablemente sobrepasa el carácter meramente organizativo interno... invadiendo competencia normativa del Estado, que la posee tanto al nivel legislativo stricto sensu como reglamentario externo* ».

Cette décision illustre bien l'étroitesse de la marge de manœuvre des Communautés. Dans cette espèce, le décret venait compléter la réglementation statutaire des agents de l'administration, catégorie topique des relations spéciales de sujétion. Pourtant, loin de rattacher ces normes à l'organisation des services, la juridiction constitutionnelle considère qu'elles font partie de la législation du travail. Ceci témoigne de sa volonté d'interpréter strictement le caractère interne de l'acte réglementaire. Ici l'importance du contenu du décret (comme le relèvent les termes mêmes de la décision) implique l'extériorité de ses effets.

L'intégration d'un règlement au sein de la catégorie des organisationnels ne peut résulter de l'autoqualification de cet acte en tant que tel.

Ainsi, une circulaire émanant du ministère du Travail et de la Sécurité sociale et adressée aux directeurs provinciaux de ce même ministère, ne revêt pas nécessairement un caractère organisationnel. Elle doit être appréciée non par rapport à sa forme, mais eu égard à son contenu, afin de déterminer son éventuelle nature

597 *Op. cit.*, p. 60.

598 Précitée.

599 STC 39/82 ; précitée.

600 JC, t. 4, p. 176.

normative⁶⁰¹. En l'espèce, cette circulaire se présente, vu son caractère innovatoire, comme une véritable norme de développement de l'article 57 de la loi sur le Statut des travailleurs. Elle définit en effet les règles relatives aux infractions au droit du travail et celles relatives aux actes d'obstruction aux vérifications de l'inspection du travail, en établissant que la norme légale de développement de l'article 57 du Statut des travailleurs soit édictée⁶⁰². De la sorte, cette circulaire s'intègre totalement, en tant que règlement d'exécution, à la compétence étatique de définition de la législation du travail et n'envahit pas la compétence d'organisation des Communautés. Tel n'aurait pas été le cas si il s'était agi d'une véritable circulaire, c'est-à-dire d'un acte sans réel contenu normatif.

Toute cette jurisprudence renforce l'idée que la compétence d'exécution de la législation doit s'entendre comme la stricte mise en œuvre, quasi matérielle, des préceptes (d'origine législative et réglementaire), posés par l'État. Il ne doit s'agir que de règles ne comportant pratiquement aucun contenu normatif⁶⁰³.

Les actes communautaires édictés au titre de la compétence d'exécution doivent avoir pour finalité l'application de la législation au sein du territoire de la collectivité autonome ; leur but essentiel est de préparer et de diriger l'action de l'administration locale.

601 STC 249/88, JC, t. 22, p. 977.

602 On remarquera qu'en France, la jurisprudence du Conseil d'État oppose aussi les circulaires réglementaires, dont la caractéristique est d'ajouter à l'ordonnancement, aux circulaires interprétatives, qui ne modifient pas la réglementation existante et qui se rattachent à la catégorie des mesures intérieures à l'Administration (comme le prouve l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre celles-ci ; sur l'ensemble du problème, voir : CE, 29 janvier 1954, *Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64, GAJA n° 90, p. 410).

603 Ce qui confirme la décision précitée du 25 avril 1991. Dans celle-ci, le Tribunal insiste sur l'étroit encadrement, par des conditions légales, du pouvoir reconnu aux Communautés d'étendre des conventions collectives, et ce après avoir constaté que l'acte d'extension n'emportait aucune autre conséquence que l'élargissement du champ d'application d'une norme déjà existante (FJ 4).

SOUS-TITRE 2

LA RÉSERVE DE LOI
DANS L'ORDONNANCEMENT ITALIEN

2612 C La Constitution italienne du 27 décembre 1947 contient de nombreux renvois à la loi. Cette observation doit naturellement s'apprécier dans le contexte historique ayant présidé à son élaboration : la loi est conçue comme la norme démocratique par excellence, alors que l'Exécutif souffre de la comparaison avec le régime autoritaire précédent. C'est dire dans quel état d'esprit les constituants abordèrent la rédaction de l'actuelle loi fondamentale. À l'inverse, le pouvoir réglementaire occupe une place des plus réduite.

Dans ce cadre, l'institution d'une réserve de loi, en tant qu'interdiction pour le législateur de déléguer sa compétence, permet de prémunir la société contre toute appropriation d'espace normatif par l'Exécutif. La Constitution ayant délimité la compétence législative, celle-ci apparaît sauvegardée, et hors de portée du Gouvernement.

Ainsi, contrairement à la Constitution française de la même époque, les constituants italiens font une large place à la réserve de loi, en tant qu'institution propre à garantir la sauvegarde du nouvel ordonnancement juridique, reflet d'une conception politique libérale.

2612 Mais, à force de trop se prémunir contre les dangers d'un Exécutif omnipotent, il en a été oublié l'excès inverse, c'est-à-dire la dérive du régime parlementaire en un régime d'assemblée. En effet, l'analyse socio-politique du système italien reflète une situation de blocage provenant non pas d'une tendance expansionniste de l'Exécutif, mais au contraire d'une « surlégifération » qui se traduit par le débordement permanent de la loi par rapport au champ de compétence défini par les réserves de loi. La tendance constante du législateur est d'augmenter l'espace sur lequel il intervient, et ce au détriment du champ ouvert au pouvoir réglementaire. Naturellement, « l'évasion » du législateur de la compétence à lui réservée ne représente pas une inconstitutionnalité, compte tenu de l'inexistence dans la Constitution italienne d'un domaine attribué au règlement. Néanmoins, elle aboutit à une « micro-législation », à une législation de « petit cabotage » qui préjudicie au bon fonctionnement du système des sources. Cette substitution du règlement par la loi, reflète selon la Cour des comptes, « la multiplication et la fragmentation des intérêts (publics, collectifs et privés) et se traduit par le recours direct à la loi pour opérer des choix concrets qui, dans la logique d'une législation "par principe" devraient être accomplis par l'Administration »⁶⁰⁴. On aboutit de la sorte à une « administrativisation » des lois qui s'occupent de la régulation de détail, en lieu et place du pouvoir réglementaire⁶⁰⁵. Ceci n'est pas sans inconvénient, puisque

604 Cité par G. RAO « il controllo della Corte dei conti su gli alti normativi secondari del governo (e di enti pubblici). 1947-1990 », communication dactylographiée au Colloque sur « Les sources normatives secondaires », 28/29 juin 1991, Florence, p. 4.

605 Le professeur ESCARRAS cite à titre d'exemple, la régulation par voie législative de l'élevage des moules ou de l'éviscération des volailles (« Deux "aggiornamenti" des institutions

l'intervention créée, même (et surtout) en l'absence d'une réserve constitutionnelle de loi, une réserve formelle qui entraîne que seule une loi pourra désormais modifier les dispositions précédemment établies. C'est d'ailleurs de cette situation que résulte l'intérêt de la doctrine italienne pour les procédés de délégalisation, qui permettent à l'Exécutif de retrouver une sphère de compétence dont l'avait dépossédé le législateur.

Mais dans les faits, ce « débordement » de compétence législative doit être nuancé. Si la loi possède une incontestable tendance à entrer dans la régulation d'éléments secondaires qui, soit parce qu'ils sont techniques, soit parce qu'ils correspondent à la satisfaction d'intérêts très localisés permettent que se dégage une majorité, il en va autrement pour les décisions relatives aux grands choix politiques, orientateurs de la vie nationale. Il existe à ce propos une réelle difficulté de prise de décision dont les causes structurelles sont bien connues⁶⁰⁶ : l'extrême fractionnement politique, la représentation proportionnelle (au moins jusqu'à nos jours) comme régime électoral, les garanties octroyées à l'opposition, rendent plus difficile le recours à la voie parlementaire. Cette carence et cette démission du Parlement, qui se réfugie (avec la complicité du Gouvernement qui voit diminuer sa responsabilité politique au fur et à mesure de l'accroissement de l'œuvre législative) dans la régulation de détail, implique l'intervention palliative de l'Exécutif, par le recours constant aux décrets-lois, autorisant en conséquence une altération de la condition d'urgence, imposée par l'article 77⁶⁰⁷. Ce faisant, l'utilisation exagérée du décret-loi, notamment lorsque pour privilégier l'unité de la régulation normative, ce dernier poursuit l'édiction de normes sur le terrain réglementaire, contribue à la « légifération » progressive de l'espace juridique⁶⁰⁸.

La situation juridique italienne se caractérise donc par la translation de la loi, qui refuse la détermination de la réglementation essentielle, abandonnée au Gouvernement, pour se cantonner à une législation d'ordre secondaire. La situation est comparable avec les III^e et IV^e Républiques françaises, même si la différence fondamentale réside dans l'existence de réserves de loi dans l'ordonnancement italien. RG.

Ce sont d'ailleurs ces réserves qui servent de fondement aux ambitions réformatrices de la place respective de la loi et du règlement en Italie.]

italiennes », RFDC 1990, n° 3, p. 416. Ceci vaut bien le nombre de baudets dans les haras nationaux établis par une loi française de la IV^e République !).

606 Cf. S. LABRIOLA, « compressione e deviazione, non ampliamento, dei poteri normativi dell'esecutivo in Italia », *quaderni costituzionali* 1988, p. 96.

607 Cf. F. MODUGNO et A. CELOTTO, « Rimedi all'abuso del decreto legge », *Giuris. cos.* 1994, p. 3233.

608 En ce sens, S. LABRIOLA, *op. cit.*, p. 95 et J.-C. ESCARRAS, *op. cit.*, p. 416.

Chapitre I

LA CONSÉCRATION DE RÉSERVES DE LOI

La difficulté initiale sur laquelle a dû se prononcer la Cour constitutionnelle a résidé dans la détermination de la signification des appels à la loi auxquelles a procédé le texte constitutionnel. Il s'agissait de savoir si ceux-ci impliquaient seulement l'intervention d'une loi, où s'ils obligeaient le législateur à opérer une régulation effective, ayant un contenu minimal.

Ainsi, la réserve de loi pouvait être entendue de deux façons : soit comme l'exclusion, dans une certaine matière, de toute norme d'origine autre que parlementaire, même subordonnée à la loi ; soit comme l'interdiction imposée au Parlement d'attribuer à d'autres organes un pouvoir équivalent à celui de la loi, mais le laissant consentir librement à l'Exécutif l'émanation de normes réglementaires, c'est-à-dire de normes subordonnées⁶⁰⁹.

Pour certains auteurs, le choix est clair : la réserve de loi doit s'analyser en une limite pour le législateur et « ne peut être entendue comme permettant au législateur de renoncer à définir des règles minimum quant à la matière réservée au profit d'organes non législatifs ; ceci s'analyserait en une auto-spoliation d'un pouvoir que la Constitution impose au législateur dans l'intérêt de la garantie des situations subjectives particulières »⁶¹⁰.

C'est d'ailleurs en ce sens que devait statuer la Cour constitutionnelle dès le début de son entrée en fonction⁶¹¹, selon une jurisprudence jamais démentie depuis⁶¹². Pour le juge constitutionnel, le législateur ne peut abandonner sa compétence dans les matières qui lui sont réservées. Il a l'obligation de réguler substantiellement la matière que lui offre la Constitution et ne peut renoncer à cette tâche au profit du règlement.

Néanmoins, selon certains auteurs, l'ensemble des renvois constitutionnels à la loi ne serait pas générateurs d'autant de réserves de loi⁶¹³. Il en irait ainsi de certains articles qui se contentent d'indiquer « à la loi » une finalité à

609 P. GASPARRI, « Il sistema costituzionale delle fonti normative e i provvedimenti dei comitati dei prezzi », *Giuris. cos.* 1958, p. 388. Cet auteur avait auparavant considéré que « la Constitution n'impose pratiquement aucune limite à la création, de la part du législateur primaire, d'une compétence normative secondaire ».

610 S. FOIS, note sous la décision constitutionnelle n° 4, du 18 janvier 1958, *Giuris. cos.* 1958, p. 27.

611 Cf. par exemple : décision 4/1958, précitée ; décision n° 52 du 14 juillet 1958, *Giuris. cos.* 1958, p. 598 ; décision n° 26 du 23 mai 1961, *Giuris. cos.* 1961, p. 527 ; décision n° 35 du 24 juin 1961, *Giuris. cos.* 1961, p. 629 ; décision n° 5 du 14 février 1962, *Giuris. cos.* 1962, p. 40 ; décision n° 36 du 19 mai 1964, *Giuris. cos.* 1964, p. 483 ; décision n° 96 du 26 novembre 1964, *Giuris. cos.* 1964, p. 1033. Pour des décisions en matière pénale, voir M. BRANCA, « In tema di fattispecie penale e riserva di legge », *Giuris. cos.* 1980, I, 1537.

612 Cf. pour des exemples récents : décision n° 72 du 8 février 1991, *Giuris. cos.* 1991, p. 515 ; décision n° 333 du 11 juillet 1991 ; décision n° 90, du 15 mars 1994, *Giuris. cos.* 1994, p. 857 et les décisions citées dans les observations ; décision n° 236 du 10 juin 1994, *Giuris. cos.* 1994, p. 1949.

613 En ce sens, V. CRISAFULLI, *Lezioni...*, op. cit., p. 61 et L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, op. cit., p. 172, note 64.

rechercher⁶¹⁴. Toutefois, l'ensemble de la doctrine considère que la plupart des renvois à la loi, hormis certains cas particuliers, constitue des réserves de loi. Le champ d'application de la réserve de loi est de sorte très important.

§ 1 - L'APPLICATION DE LA RÉSERVE DE LOI

La réserve de loi est considérée comme un moyen contentieux à part entière. Elle est reconnue par la totalité de la doctrine, comme peut en témoigner la lecture des manuels de droit constitutionnel ou de droit administratif, et constamment opposée au législateur ou au pouvoir réglementaire.

Deux points méritent pourtant une attention particulière. En premier lieu, il faut s'interroger sur l'autorité juridictionnelle compétente pour appliquer la réserve de loi : est-elle un monopole du juge constitutionnel ? En second lieu, si la principale caractéristique de la réserve réside dans son opposabilité aux actes du législateur, il faut déterminer si elle est également opposable au législateur préconstitutionnel.

A. - La réserve de loi dans la perspective de la question de constitutionnalité

La réserve de loi concerne à la fois l'acte réglementaire, en tant qu'elle interdit au règlement de s'immiscer dans le domaine législatif, et la loi, puisqu'elle interdit au législateur de renvoyer trop largement à l'Exécutif et de se défaire de la sorte de sa compétence. Elle constitue ainsi un moyen contentieux, susceptible d'être invoqué tant vis-à-vis de l'un comme de l'autre. Ceci n'est pas sans poser une difficulté dans la situation où le règlement est pris en exécution d'une loi. À supposer que le règlement respecte totalement les limites législatives qui lui sont imparties, mais que simultanément il viole la réserve de loi, il en résulte, par transativité, que la loi lui servant de support viole elle aussi cette réserve. En effet, l'incompétence positive commise par le règlement est la conséquence directe de l'incompétence négative du législateur. C'est parce que la loi n'a pas respecté le principe d'indisponibilité de sa compétence, que le règlement, occupant l'espace qui lui a été ouvert inconstitutionnellement, contredit à son tour, mais par excès de compétence cette fois, la réserve.

Cette dialectique n'est pas sans rappeler la problématique de la théorie française de la loi-écran. Celle-ci postule que le règlement conforme à la loi ne peut être contrôlé par le biais de moyens constitutionnels, puisque cela aboutirait, en dernier ressort, à contester la constitutionnalité de la loi elle-même⁶¹⁵. L'idée sous-jacente est d'empêcher le juge ordinaire d'opérer, sous couvert du contrôle de légalité, un contrôle indirect de constitutionnalité de la loi.

En Italie, la question se pose de façon identique, même si les conditions procédurales diffèrent. En effet, le juge ordinaire a la possibilité de demander à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi, pertinente pour l'issue du litige dont il est saisi. Dans ces conditions, lorsqu'est en cause un règlement d'exécution à l'encontre duquel est invoquée la violation de la réserve de loi, et que la légalité (au sens strict de simple confrontation avec la

614 Par exemple, l'article 44 prévoyant que la loi aide la petite et moyenne propriété agricole.

615 Sur l'application de la loi écran en droit français, cf. *infra*, deuxième partie, titre III.

loi) de celui-ci est incontestable, le juge ordinaire doit-il poser la question de constitutionnalité, ou peut-il de lui-même annuler, en cas de contradiction avec la réserve, le règlement litigieux ?

La difficulté vient du fait que l'illégalité du règlement provient de l'inconstitutionnalité de la loi ; mais s'agissant de la réserve de loi, cette illégitimité ne résulte pas d'une réglementation *contra constitutionem*, c'est-à-dire de ce qu'a établi l'acte législatif, mais d'une lacune législative, comblée ultérieurement par le règlement⁶¹⁶. C'est l'absence de prévision législative qui justifie l'inconstitutionnalité de la loi et non le contenu des prévisions législatives.

Cette spécificité du moyen fondé sur la réserve de loi permet-elle au juge ordinaire de ne pas poser la question de constitutionnalité et de juger directement de la validité du règlement ?

Pour le professeur Mangiameli, une réponse positive s'impose⁶¹⁷. En effet, pour cet auteur, il s'agit d'une troisième voie entre le contrôle de la stricte légalité relevant du seul juge ordinaire, et qui se manifeste par la confrontation du règlement à la loi, et le contrôle de la constitutionnalité de la loi, mise en cause parce que le règlement conforme à la loi est argué d'inconstitutionnalité, relevant exclusivement de la Cour constitutionnelle par voie incidente. Certes, il admet que « le contrôle du juge ordinaire sur les normes réglementaires pourrait alors tendre en réalité à un contrôle de constitutionnalité sur les dispositions législatives, en principe interdit », mais considère que dans le cas où c'est la réserve de loi qui est invoquée, ce vice, bien qu'affectant simultanément la loi et le règlement qui en dérive, constitue un vice propre à l'un et à l'autre. En effet, d'un côté la loi a certainement méconnu l'étendue de sa compétence, ce qui constitue en soi une inconstitutionnalité, mais de l'autre, le règlement a excédé sa propre compétence, c'est-à-dire que l'Exécutif a empiété sur un domaine que lui interdit la Constitution. Derrière la concomitance de ces deux inconstitutionnalités, se cache une diversité : le législatif commet une incompétence négative, l'Exécutif, une incompétence positive. L'inconstitutionnalité du règlement ne découle pas du contenu de la loi (puisque c'est le défaut de ce contenu qui justifie l'inconstitutionnalité), mais de l'inexacte appréciation par l'Exécutif de sa compétence, par rapport à la Constitution. Le lien entre l'inconstitutionnalité du règlement et celle de la loi est plus lâche que si le règlement se limitait à développer des normes législatives substantielles. C'est cette autonomie (relative) des deux inconstitutionnalités qui justifierait que l'appréciation de la constitutionnalité du règlement ne préjuge pas de l'inconstitutionnalité (distincte en théorie) de la loi en exécution de laquelle il intervient, permettant en conséquence un traitement juridictionnel distinct.

Ainsi, ayant à examiner un moyen fondé sur l'excès de compétence de l'Exécutif, le juge ordinaire se verrait ouvrir une alternative : soit il renvoie la loi au juge constitutionnel, arguant que le règlement s'est borné à réguler l'espace que lui a ouvert la loi, soit il juge directement le règlement, en considérant que le vice d'incompétence engage avant tout l'auteur du règlement, qui se doit de respecter la Constitution. Comme l'exprime S. Mangiameli, « il ne semble pas

possible d'exclure que la question de constitutionnalité puisse être résolue par le juge commun par le biais de la non application du règlement »⁶¹⁸.

Cette dernière hypothèse ne constitue pas un cas d'école puisque certains magistrats se sont reconnus le pouvoir de refuser l'application d'un règlement pour violation de la réserve de loi, alors que ce même règlement ne faisait qu'utiliser les pouvoirs que la loi lui avait attribués. La décision du 18 avril 1986, rendue par le Préteur de Dogliani représente une bonne illustration de cette possibilité. Elle déclare inapplicable comme fondement de poursuites pénales, des décrets dont l'objet était de restreindre les capacités libératoires de certains instruments de paiement, motif pris que de telles limitations ne peuvent être introduites que par voie législative. Pourtant, les décrets en question ne faisaient qu'appliquer divers textes législatifs prévoyant que les limites au pouvoir libératoire de la monnaie seront fixées par voie décrétole. Tout en constatant que les lois servant de fondement à ces règlements ne contiennent aucun principe et aucun critère, susceptibles d'encadrer l'exercice du pouvoir réglementaire (ce qui implique implicitement son inconstitutionnalité), le juge ne retient pas la nécessité de poser au juge constitutionnel une question de constitutionnalité relativement à ces textes, mais refuse d'appliquer les règlements, pris en contravention de la réserve.

Sans rentrer dans le débat sur la nécessité du renvoi, ou sur la possibilité du traitement juridictionnel de la réserve de loi par le juge ordinaire, on peut constater que la doctrine développée par S. Mangiameli pour légitimer le pouvoir du juge ordinaire de constater directement la violation de la réserve par un règlement, fût-il exécutif, met en lumière le fait que cette institution a vocation à régir les relations entre la loi et le règlement. Elle concerne la police des compétences et est opposable à ces deux catégories d'actes normatifs. Si bien que la violation par l'un de la réserve a des répercussions sur l'autre.

D'autre part, la distinction proposée entre la violation de la réserve « par excès » du fait du règlement et celle « par défaut » du fait du législateur souligne l'origine constitutionnelle et non législative du pouvoir réglementaire : ce dernier peut seulement occuper l'espace que ne lui interdit pas la Constitution, celle-ci déterminant la compétence réglementaire. C'est la Constitution qui sert de mesure au bon exercice de la compétence réglementaire, et non le champ ouvert par la loi à l'Exécutif. Autrement dit, l'Exécutif doit avant tout se référer à la délimitation constitutionnelle des compétences, sans s'abriter derrière l'existence d'un renvoi législatif. Ce faisant, l'inconstitutionnalité éventuelle de la loi (du point de vue de la réserve), ne peut produire aucune conséquence sur la validité du règlement qui, émané en fonction de la Constitution et non de la loi, n'est pas grevé du même vice d'inconstitutionnalité. La séparabilité est donc possible entre les deux destinataires principaux de la réserve.

Cette censure directe constitue-t-elle une brèche dans la nécessité de renvoyer à la Cour constitutionnelle les lois présumées inconstitutionnelles ? En réalité, nul doute que le juge ordinaire aura plutôt tendance en pratique à opérer le renvoi, ce qui du même coup permet une décision ayant effet *erga omnes*.

Le choix entre le renvoi au juge constitutionnel et l'examen direct de la constitutionnalité du règlement n'est pas sans rappeler celui auquel doit procéder le juge ordinaire, lorsqu'est en cause la constitutionnalité d'une loi antérieure à la Constitution.

616 Cf. S. MANGIAMELI, « Disapplicazione del regolamento o illegittimità costituzionale della legge di autorizzazione : una scelta rimessa ai giudici ? », *Giuris. cos.* 1987, p. 35.

617 « Disapplicazione... », *op. cit.*

618 *Op. cit.*, p. 39.

B. - L'application dans le temps de la réserve de loi

L'instauration de réserves de loi nombreuses et développées apparaît comme une nouveauté par rapport à l'ordre juridique ancien. Aussi, à l'exemple de ce qui s'est passé en Espagne ou en France, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure les lois préconstitutionnelles pouvaient être concernées par cette institution. Autrement dit quel peut être l'impact de la consécration (nouvelle) de réserves de loi par rapport à des textes antérieurs ?

La décision n° 73 du 27 janvier 1968⁶¹⁹ devait fixer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à ce sujet. Celle-ci avait été saisie d'une question préjudicielle tendant à faire apprécier la constitutionnalité du paragraphe 2 de l'article 317 de la loi du 20 mars 1865 prévoyant que le règlement de police ferroviaire, pris en exécution du paragraphe 1 de ce même article, pourrait instituer des peines de police et d'amendes dans la limite de 1000 livres. Le problème se posait de savoir si les peines édictées par le décret du 31 octobre 1873 étaient encore applicables à des justiciables, compte tenu de l'article 25 de la Constitution, établissant que « nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi », et réservant de la sorte au seul Parlement la tâche de définir les infractions et les pénalités qui y sont attachées.

La Cour refuse de se prononcer sur la validité constitutionnelle de la loi déferée, arguant que de toute façon son prononcé ne pourrait avoir aucune pertinence vis-à-vis des textes applicables au litige. C'est la motivation de cette décision d'incompétence qui nous intéresse.

Les juges constitutionnels commencent par affirmer la possibilité d'une confrontation des lois antérieures à la Constitution avec la réserve de loi : « il faut noter qu'une loi, édictée sous l'empire de l'ancien Statut, et qui aurait attribué des pouvoirs que la Constitution républicaine n'autorise pas à déléguer devrait être en conséquence déclarée inconstitutionnelle »⁶²⁰. Ce faisant, elle confirme une jurisprudence constante qui affirme la pleine applicabilité de la réserve aux lois antérieures à la Constitution⁶²¹.

Cependant, la déclaration d'inconstitutionnalité éventuelle, résultant de l'acceptation du contrôle sur les lois antérieures à 1948, produirait des effets particuliers par rapport à une déclaration d'inconstitutionnalité frappant des lois postérieures à cette date. Il s'agirait alors d'un type d'inconstitutionnalité survenue⁶²² et en conséquence les effets d'une telle déclaration ne pourraient être antérieurs au moment auquel la loi est devenue incompatible avec les nouveaux préceptes constitutionnels. Ce faisant, elle n'aurait aucune incidence sur la validité des actes émanés sur la base de cette loi alors qu'elle était encore en vigueur, c'est-à-dire avant la promulgation de la Constitution.

Contrairement aux déclarations d'inconstitutionnalité frappant des lois post constitutionnelles, celles affectant des lois antérieures n'aboutissent pas à une annulation totalement rétroactive : l'effet abrogatif est limité au jour de la survenance de la Constitution. La loi préconstitutionnelle conserve sa pleine validité pour la période antérieure au 27 décembre 1947. La constatation de « l'illégitimité constitutionnelle » de ce type de loi aboutit aux mêmes

conséquences que si l'on considérait que la Constitution faisait figure de *lex posterior* par rapport à la loi ancienne, en l'abrogeant du jour où elle est entrée en vigueur, résolvant de ce fait le conflit de normes né de leur incompatibilité mutuelle.

Cette particularité du « traitement juridictionnel » des lois antérieures à la Constitution conduit à maintenir la validité de celles-ci pour la période antérieure au 27 décembre 1947 et, au contraire à les considérer comme caduques à partir de cette date, dès lors qu'elles violent la réserve de loi. L'apport fondamental de cette décision réside dans la constatation du caractère non-rétroactif de la réserve, mais de son applicabilité immédiate. La réserve s'applique à l'ensemble des textes, à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution. Pour la période antérieure à celle-ci, la validité du texte législatif doit être appréciée par rapport au système normatif alors en vigueur à cette époque. La Cour fait application, par cette jurisprudence, du principe *tempus regit actum*, mais limite sa portée à l'intervalle préconstitutionnel.

Il résulte de ces considérations que la loi préconstitutionnelle, contrairement à une des réserves de loi, ne peut plus produire aucun effet juridique postérieurement à la nouvelle Constitution. En particulier, elle ne peut plus servir de fondement à un acte réglementaire. En l'espèce, la Cour indique clairement que si le règlement en question avait été pris après le 27 décembre 1947, elle aurait dû se prononcer sur la constitutionnalité de la loi, une constatation d'incompatibilité avec la réserve entraînant l'impossibilité d'utiliser la loi pour l'Exécutif et impliquant l'illégalité corrélatrice du règlement, dépourvu de base légale puisque fondé sur un texte désormais caduc.

Au contraire, la réserve étant inopposable à la loi pour la période préconstitutionnelle, les effets de ce texte produits durant ce laps de temps sont intangibles. Ainsi, le règlement prétexte de la question de constitutionnalité étant antérieur à la Constitution, il a bien été édicté sur la base d'un texte alors en vigueur. Là encore, le principe *tempus regit actum* joue, mais au profit du règlement cette fois : « La légalité du règlement de 1873 doit être appréciée, ... par rapport au système normatif et aux lois en vigueur lors de son édicton »⁶²³. Il est donc inutile, dans ce cas, de rechercher la constitutionnalité de la loi déferée, le règlement ayant été émané d'après une loi valable, en tout état de cause, lors de son édicton, la déclaration d'inconstitutionnalité ne pouvant prendre effet que postérieurement.

La Cour ne pouvant contrôler une loi par rapport à la réserve de loi qu'à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution, c'est seulement dans l'hypothèse où est en cause un règlement pris en exécution de la loi litigieuse et postérieur à la Constitution, que la question de la validité constitutionnelle de la loi sera pertinente.

Toutefois, il semble que la décision 73 de 1968 représente une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure, comme n'ont pas manqué de le souligner certains auteurs⁶²⁴. Ainsi, dans la décision 4 de 1962⁶²⁵, était en cause une loi préconstitutionnelle, datant de 1934, servant de fondement à un règlement, lui aussi antérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution. La Cour déclare pourtant l'illégitimité constitutionnelle de la loi déferée, sans s'interroger à aucun moment

619 Reproduite in *Giuris. cos.* 1968, p. 1052.

620 4^e considérant.

621 Voir en ce sens, S. FOIS, « Norme anteriori e riserva di legge », *Giuris. cos.* 1968, p. 1072, note 1.

622 Sur cette notion du contentieux constitutionnel italien, voir la décision 124 du 26 mars 1991, *Giuris. cos.* 1991, p. 1226.

623 Considérant 4.

624 Cf. S. FOIS, *op. cit.*, p. 1073 et A. SANDULLI, « Riserva di legge introdotta dalla Costituzione e regolamenti anteriori », *Giuris. cos.* 1969, p. 2167.

625 *Giuris. cos.* 1962, p. 31.

sur la pertinence de la solution quant à la validité du règlement objet du litige, et sans prendre en considération la date d'édiction de ce règlement.

Néanmoins, la jurisprudence s'est depuis fixée dans le sens de la décision 73 de 1968⁶²⁶.

L'application du principe *tempus regit actum* a été approuvé par le professeur Sandulli. Selon lui, il est tout à fait logique que tout ce qui concerne la formation et la forme d'un acte juridique ne puisse être régi par la Constitution survenue, mais doive l'être par celle en vigueur au moment de l'émanation de l'acte⁶²⁷. La solution inverse aboutirait à constater l'illégitimité constitutionnelle de la très grande majorité des actes de force législative antérieurs à la Constitution, le législateur préconstitutionnel n'ayant pu connaître par hypothèse, le contenu de dispositions constitutionnelles postérieures. Ceci conduirait inévitablement à une situation de vide juridique. La seule possibilité de contrôle d'un acte antérieur à la Constitution réside dans la confrontation avec les normes constitutionnelles de fond, c'est-à-dire dans l'examen du contenu de l'acte, mais il est indifférent de savoir si cet acte aurait pu être édicté, sous la nouvelle Constitution, par la même source normative. Ceci permet d'expliquer l'incontestabilité du règlement, du point de vue de la réserve de loi, alors que ces dispositions de fond peuvent être confrontées aux dispositions constitutionnelles du même type. Le professeur Sandulli résume ses observations en constatant que « la répartition constitutionnelle des compétences normatives entre le législatif et l'exécutif, et en particulier, la prévision dans certaines matières de réserves de loi, concerne la légalité de l'acte (notamment du point de vue formel), et non son contenu »⁶²⁸. C'est donc le fait que la réserve de loi se rattache aux dispositions constitutionnelles sur la compétence, puisqu'ayant trait aux rapports entre la loi et le règlement, qui la rend inopposable aux actes édictés antérieurement à la Constitution.

Le professeur Fois conteste cette analyse. Selon lui, s'il est vrai que la Cour semble avoir considéré la réserve comme une simple norme de compétence, ayant seulement valeur « organisatoire », elle aurait dû au contraire retenir qu'il s'agissait d'une véritable norme de caractère substantiel⁶²⁹. En effet, si l'objet de la réserve de loi consiste à exiger que les rapports inhérents à une certaine matière soient régulés principalement par un acte législatif et non par un acte inférieur dans la hiérarchie normative, il en résulte que le respect de la réserve exige que les controverses relatives à de tels rapports doivent être résolus sur la base des normes substantielles contenues dans l'acte législatif, et qu'est par contre exclue l'application des seules normes substantielles issues d'actes infra-législatifs. En conséquence, la loi autorisant l'intervention réglementaire ne peut être considérée, dans les matières réservées, comme le simple fondement ponctuel pour édicter un règlement, mais est au contraire la source permanente de la validité du règlement.

Ceci amène à l'interrogation principale qu'aurait dû se poser la Cour selon cet auteur. La question fondamentale est de savoir si les rapports entre la loi et le règlement pris en son exécution, s'épuisent une fois le règlement édicté, ou si au contraire ils se perpétuent postérieurement. Le règlement est-il ainsi continuellement lié à la loi qui vient l'autoriser ou possède-t-il une vie

autonome ? Selon Fois, la réserve de loi implique que le règlement dépende constamment de la loi qui vient l'autoriser. Il en déduit que la constatation de la caducité de la loi habilitante, du fait de sa contradiction avec les réserves de loi survenues, entraîne que celle-ci ne peut plus constituer le fondement de la validité de la norme réglementaire, qui se trouve de la sorte dépossédée de base légale. C'est parce que la loi se trouve dépourvue de l'efficacité « par laquelle elle consent à ce que la norme réglementaire se substitue à elle dans la réglementation de la matière réservée » que le règlement perd son fondement juridique.

Dans ces conditions, il serait totalement inopportun d'opérer une distinction entre les dates d'édiction des actes réglementaires, puisque s'agissant même des règlements préconstitutionnels, la défaillance de leur fondement juridique entraînerait leur propre cessation d'effet.

Sans entrer dans cette polémique, il est possible de faire plusieurs remarques. En premier lieu, la thèse de S. Fois a pour soubassement l'idée que le pouvoir réglementaire tire son origine de la loi et que dans les matières réservées, seule une habilitation législative permet l'intervention réglementaire. Or, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle interdisant au législateur de déléguer sa compétence, permet d'affirmer que le règlement est édicté, en vertu de la compétence constitutionnelle que tient l'Exécutif pour ce faire et seulement dans le champ non réservé, « en profondeur », à la loi. Le règlement ne dépendant pas d'une quelconque autorisation législative, on voit mal pourquoi il devrait automatiquement suivre la destinée juridique de la loi. La conception de la dépendance entre les deux types d'actes n'est valable que si l'on considère que c'est la loi qui fonde le pouvoir réglementaire, ce qui est loin d'être évident.

En second lieu, il faut noter que la Cour accepte de confronter, à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution, la loi préconstitutionnelle à la réserve de loi, considérant implicitement que cette institution ne représente pas, eu égard à la loi, une simple disposition de compétence. Si tel avait été le cas, la Cour, allant jusqu'au bout de la logique du principe *tempus regit actum*, aurait refusé de contrôler la loi préconstitutionnelle par rapport à des règles de compétence postérieures à la Constitution. Au contraire, l'acceptation du contrôle implique que la réserve de loi ne constitue pas seulement, vis-à-vis du législateur, une prévision de compétence. La Cour prend de la sorte position en faveur du rattachement de la réserve de loi au contrôle de la constitutionnalité interne de l'acte, les moyens de constitutionnalité externe étant inopposables aux lois préconstitutionnelles.

À l'inverse, vis-à-vis du règlement antérieur, la réserve constitue une norme de compétence insusceptible d'être opposée, puisque survenue postérieurement à l'entrée en vigueur de cet acte. Sa validité doit être appréciée, comme l'estime la Cour, du point de vue formel, uniquement par rapport à la Constitution antérieure et aux règles de compétence qu'elle prévoit⁶³⁰. L'absence de confrontation possible avec la réserve de loi dérive de son caractère de règle de compétence par rapport à l'acte réglementaire.

La jurisprudence constitutionnelle sur l'application dans le temps de la réserve de loi aboutit à montrer le caractère dualiste de celle-ci : Norme de fond

626 Cf. A. SANDULLI, *op. cit.*, citant la décision 117 du 8 juillet 1969 qui reprend la distinction opérée en 1968 entre règlements pré et post constitutionnels.

627 « Riserva di legge... », *op. cit.*, p. 2175.

628 *Op. cit.*, p. 2176.

629 « Norme anteriori... », *op. cit.*, p. 1075.

630 Voir cependant, *contra* : M.-R. DONARUMA, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, CEDAM, Padoue, 1987, p. 29, qui estime que le juge ordinaire peut toujours refuser d'appliquer ou annuler ce type d'acte pour violation directe des normes constitutionnelles en vigueur, y compris la réserve de loi. Ceci paraît en contradiction directe avec la jurisprudence constitutionnelle étudiée, qui déclare expressément que le règlement préconstitutionnel doit être apprécié par référence au système en vigueur lors de son émanation.

pour le législateur, elle apparaît comme une norme de compétence dans l'optique du pouvoir réglementaire.

§ 2 - LE CHAMP DE LA RÉSERVE DE LOI

La question de l'ampleur de la réserve de loi est fondamentale pour déterminer l'espace ouvert au pouvoir réglementaire. La principale interrogation réside dans la détermination de la possibilité pour l'Exécutif de régir les matières non réservées. Il s'agit de savoir si la Constitution assigne un rôle particulier à la loi au sein de celles-ci.

Certes, la loi peut à tout moment, considérant l'absence de réserve réglementaire, s'évader du cadre imparti par les réserves (et d'ailleurs le Parlement italien ne se prive pas de cette possibilité), mais cette « évasion » correspond à des motifs politiques et non juridiques. L'objet de la présente étude est de rechercher s'il existe des obligations constitutionnelles relatives à la compétence législative, en dehors des réserves de loi.

L'expression « principe de légalité » est susceptible de recevoir plusieurs significations. La doctrine italienne distingue trois acceptions différentes⁶³¹. Dans un premier temps, il peut être entendu au sens de non contrariété, c'est-à-dire qu'il suppose que les actes réglementaires ne soient pas incompatibles avec la loi. Le règlement peut édicter toute norme qu'il lui plaît dès lors qu'elle ne contredit pas une disposition législative quelconque. Il s'agit de l'aspect minimum du principe de légalité, expression de la suprématie hiérarchique de la loi sur le règlement, parfois qualifié, par référence à Otto Mayer, de « *preferenza di legge* ». Le règlement a pour seule obligation de ne pas violer les prescriptions législatives.

Dans un deuxième temps, le principe de légalité peut être entendu au sens de « conformité ». En ce cas, le règlement dépend plus étroitement de la loi, puisqu'il ne peut intervenir que sur la base d'une loi. Le règlement est conditionné à une *interpositio legis*, sans laquelle l'Exécutif ne peut mettre en œuvre ses capacités normatives. La légalité ainsi entendue suppose non plus seulement que l'Exécutif respecte la loi, mais qu'il doive se fonder spécifiquement sur une loi ou un ensemble de lois déterminé pour que l'émanation d'un acte réglementaire soit valable. La subordination du règlement à la loi comporte incontestablement un aspect négatif puisque comme dans le cas précédent, le règlement est tenu de ne pas contrarier la loi, mais inclut aussi une dimension positive puisque la loi sert impérativement de support et de préalable à l'émanation d'un acte réglementaire. Le législateur conditionne toute régulation réglementaire, l'Exécutif n'étant pas libre de réguler un secteur dépourvu d'éléments législatifs.

Enfin, dans la troisième acception, le principe de légalité ne se présente plus seulement comme une limite vis-à-vis de l'acte réglementaire, mais est opposable aussi au Parlement. Il requiert non seulement l'existence d'une loi préalable à tout acte réglementaire, mais aussi que cette loi ait un contenu minimum, apte à limiter les pouvoirs conférés à l'administration. La loi ne pourrait se contenter d'autoriser l'intervention réglementaire, mais devrait poser elle-même des règles de fond, susceptibles de s'imposer au gouvernement. Il implique l'intervention substantielle du législateur, qui ne peut se contenter

seulement d'une intervention intermédiaire, uniquement formelle. De là découle sa qualification de principe de légalité substantielle, par rapport à l'hypothèse précédente, simple médiation formelle, qualifiée de « légalité formelle ».

Ces distinctions adoptées par la doctrine italienne pour l'étude du principe de légalité⁶³², découlent directement de la classification opérée par Ch. Eisenmann dans son étude sur « le droit administratif et le principe de légalité »⁶³³, à laquelle il est d'ailleurs fait souvent référence. Considérant le principe de légalité comme un élément régulateur des relations entre la loi et le règlement, le maître français distingue selon que les rapports entre ces deux types d'actes doivent être entrevus sous l'angle de la compatibilité ou de la conformité. Qu'il s'agisse du premier, et l'administration pourra valablement édicter tous les actes qu'elle souhaite, alors même qu'ils ne sont pas prévus par la réglementation législative, à condition et du moment qu'ils ne contredisent aucune loi. En effet, « là où il n'existe pas de loi, il ne peut y avoir d'illégalité »⁶³⁴. Qu'il s'agisse du second, et « l'Administration ne pourra faire que les actes qui auront été prévus et... autorisés par la législation ». Dans un cas, le règlement peut faire tout ce que la loi ne lui interdit pas, de l'autre il ne peut que faire ce qu'elle prévoit. On conçoit combien l'amplitude du pouvoir réglementaire dépend de la signification accordée au principe de légalité.

De la même façon, la distinction entre le principe de légalité formelle et substantielle résulte d'une réception de la doctrine du professeur Eisenmann. Ce dernier constate en effet que l'idée de conformité des actes juridiques à la législation se divise en deux composantes : la conformité de la forme et des procédures, et la conformité du fond. L'une concerne la conformité aux règles attributives de compétence, l'autre a trait aux règles engageant le fond des actes⁶³⁵.

Si l'ordonnancement consacre le premier type de conformité, l'Exécutif ne peut se passer d'une autorisation législative, mais peut librement déterminer le contenu du règlement. À l'inverse, le second type de conformité est plus complet et implique que la loi prédétermine le contenu de l'acte réglementaire qui devra s'y conformer.

Le principe de distinction une fois adopté, il reste à rechercher quelle est la conception consacrée par le droit positif du principe de légalité.

Naturellement, le concept posant le plus de difficultés est celui de légalité substantielle, compte tenu notamment de l'existence de la réserve de loi dans l'ordonnancement italien. L'une et l'autre tendent en effet à un résultat similaire, puisqu'ils représentent une limite au pouvoir discrétionnaire du législateur et lui imposent une réglementation suffisante en préalable à tout renvoi au pouvoir réglementaire. Si bien que l'on peut se demander si la légalité substantielle n'absorbe pas la réserve de loi.

C'est ce que remarque le professeur Zagrebelsky, pour qui l'application du principe de légalité substantielle aboutirait à créer une réserve générale de loi, dans le sens que serait attribuée à la loi, la réglementation, au moins des principes fondamentaux, de toutes les matières pouvant faire l'objet d'une réglementation juridique⁶³⁶. Or, la Constitution ne prévoit la nécessité de ce

632 Cf. S. FOIS, « Legalità (principio di) », *Enc. del Diritto*, p. 666.

633 EDCE 1957, p. 23 à 40.

634 Op. cit., p. 31.

635 Op. cit., p. 33.

636 *Il sistema costituzionale degli fonti del diritto*, EGES, Turin, 1984, p. 53.

631 Cf. S. MERZ, « Osservazioni sul principio di legalità », *RTDP* 1976, n° 4, p. 1363.

type d'intervention législative que dans certains cas : ceux qu'elle a expressément déterminé en instituant des réserves de loi. La consécration d'un principe de légalité substantielle aboutirait ainsi à dénier tout effet utile à la prévision de réserves de loi. Si le constituant a pris la peine d'inscrire ces réserves de loi, c'est bien parce qu'en dehors de celles-ci, le législateur n'est pas tenu des mêmes exigences qu'en leur sein, les dispositions constitutionnelles devant être présumées avoir un « effet utile ». C'est la prévision particulière à certaines matières d'une compétence incompressible du législateur qui justifie que par exclusion, les autres matières ne soient pas assujetties au même régime juridique. Ainsi, le professeur Zagrebelsky en conclut, s'agissant des matières non réservées : « l'intervention du pouvoir réglementaire sur la base de lois attributives de compétences est parfaitement admissible »⁶³⁷. Aucune disposition constitutionnelle n'exclut qu'en dehors des réserves de loi, le Parlement puisse librement habiliter l'Exécutif à agir, sans être tenu d'une obligation de définition d'un minimum de régulation.

Toutefois, selon certains auteurs, le principe de légalité substantielle se distinguerait de façon quantitative de la réserve de loi relative, cette dernière nécessitant une détermination législative plus importante par rapport aux exigences du principe de légalité substantielle⁶³⁸. Reste qu'il s'agirait là d'une distinction des plus subtiles, introduisant en pratique une grande incertitude quant à la portée des impératifs constitutionnels. Ceci explique qu'elle ait été critiquée⁶³⁹. D'autre part, à l'inverse de la séparation entre réserves absolue et relative, la distinction entre réserve relative et le principe de légalité substantielle n'est pas susceptible de trouver un fondement dans un texte.

Contrairement aux réserves de loi, énumérées tout au long de la Constitution, le principe de légalité substantielle n'est pas consacré par la Constitution. C'est ce qui explique que les tenants de cette composante de la légalité aient tenté de trouver une consécration indirecte par le biais d'un rattachement à une disposition constitutionnelle. La première tentative résulte d'une interprétation *a fortiori* de l'article 76 de la Constitution. Si le législateur est tenu de fixer les principes et les critères d'orientation devant s'imposer au décret législatif, il devrait en être de même pour les règlements, c'est-à-dire pour des actes ayant une valeur inférieure à la loi. Il est avancé que ce qui n'est pas admissible pour les lois déléguées (la possibilité de jouir d'un total pouvoir discrétionnaire), l'est encore moins pour les règlements, compte tenu de leur caractère de source secondaire⁶⁴⁰. Ce rattachement a été mis en cause, au motif notamment que l'article 76, concernant une hypothèse particulière de législation déléguée est spécifique à ce cadre, rien n'indiquant que le constituant ait entendu consacrer un principe général applicable à l'ensemble des relations entre la loi et le règlement. D'autre part, on ne voit pas pourquoi seules les conditions relatives à l'encadrement de la législation déléguée seraient applicables et non les autres comme la prévision nécessaire d'un délai⁶⁴¹.

637 *Ibid.*

638 Cf. V. BACHELET, « Legge attività amministrativa e programmazione economica », *Giuris. cos.* 1961, p. 914.

639 En ce sens, G. AMATO, *Rapporti fra...*, op. cit., p. 128 à 130 ; L. CARLASSARE, *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padoue, 1966, p. 168.

640 Par exemple, G. AMATO, *Rapporti fra norme primaria e secondarie*, CEDAM, Padoue, 1962, p. 130.

641 Pour un développement des critiques apportées au rattachement de la légalité substantielle à l'article 76, voir S. FOIS, « Legalità (principio di) », op. cit., p. 674.

La seconde tentative réside dans l'analyse de l'article 113 de la Constitution établissant que « contre les actes de l'Administration publique, la protection juridictionnelle des droits et des intérêts légitimes devant les organes de la juridiction ordinaire ou administrative est toujours admise ». Comme l'écrit le professeur Carlassare, l'exigence constitutionnelle d'une possibilité de contrôle des règlements suppose l'existence d'une norme préalable, apte à constituer un paramètre de confrontation permettant de juger de la validité de l'acte normatif de l'Exécutif⁶⁴². C'est la nécessité de permettre le contrôle juridictionnel effectif des actes réglementaires qui impliquerait que la loi développe des prescriptions suffisantes pour encadrer l'exercice du pouvoir réglementaire. Mais là encore, il apparaît que cette déduction ne résiste pas à une analyse soutenue du contenu de l'article 113. Il semble que celui-ci ait pour seul objet de permettre la soumission au contrôle juridictionnel de plusieurs catégories d'actes qui en étaient exclus jusque-là soit par la loi, soit par la jurisprudence des tribunaux⁶⁴³, consacrant plutôt un principe de juridicité que de légalité.

Nonobstant, selon les partisans de la légalité substantielle, la Cour constitutionnelle aurait intégré ce principe dans sa jurisprudence, lui reconnaissant de la sorte valeur constitutionnelle, à partir de la décision 150 du 29 juillet 1982⁶⁴⁴. Étaient en cause dans cette espèce, des décrets pris sur la base de l'article 3 de la loi 382/1975 réglementant les formes d'exercice du pouvoir de direction et de coordination des activités régionales par voie administrative. Les décrets litigieux traitant des interventions en faveur du secteur artisanal, ne trouvaient dans cette loi qu'un fondement instrumental, celle-ci n'ayant rien disposé quant à la réglementation de l'aide à ce type d'activité économique.

La Cour constatant que cette loi ne « délimite en aucune façon le contenu substantiel des actes » de direction et de coordination, annule les textes déferés, considérant « qu'est nécessaire une autre disposition législative qui en considération particulière de la matière... oblige et dirige les choix du Gouvernement »⁶⁴⁵. Et la motivation de cette décision énonce qu'il s'agit là d'une application du principe de légalité substantielle à valeur constitutionnelle et que la loi ne peut se limiter à la simple attribution d'un pouvoir normatif, mais doit en réglementer le contenu afin d'en diriger le choix, une attribution générique⁶⁴⁶ étant insuffisante⁶⁴⁷.

642 « Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentari », *quaderni costituzionali* 1990, p. 20. Voir aussi, du même auteur, *Regolamenti dell'...*, op. cit., p. 152 et s.

643 C'est ce que démontre S. FOIS, op. cit., p. 681.

644 *Giuris. cos.* 1982, p. 1302.

645 La jurisprudence relative à la possibilité d'édicter des actes de direction et de coordination par voie administrative, dès lors que la loi a préalablement fixé les principes et les critères idoines à orienter et à encadrer le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement, a été confirmée à plusieurs reprises (Voir par exemple, décision n° 37 du 31 janvier 1991, *Giuris. cos.* 1991, p. 236 ; décision n° 49 du 6 février 1991, *Giuris. cos.* 1991, p. 357 ; décision n° 359 du 18 juillet 1991, *Giuris. cos.* 1991, p. 2865 ; Décision n° 30 du 3 février 1992, *Giuris. cos.* 1992, p. 156 ; décision n° 263 du 10 juin 1992, *Giuris. cos.* 1992, p. 2025) - Sur cette jurisprudence, voir entre autre, L. CARLASSARE, « L'indirizzo e il coordinamento secondo la Corte costituzionale », in *La Corte costituzionale e regioni*, Colloque de Gênes des 14 et 16 mai 1987, organisé par le Conseil régional de Ligurie, p. 51.

646 Comme celle de l'article 3 de la loi de 1975.

647 « Il ruolo del Parlamento... », op. cit., p. 18. Dans le même sens, voir G. BRUNELLI, « Corte costituzionale e legislatore : due interpretazioni del principio di legalità », *Giuris. cos.* 1991, p. 2876 : « La legalità sostanziale deve... considerarsi... un criterio generale di ordine costituzionale, al cui integrale rispetto risulta subordinata la legittimità di ogni legge attributiva di poteri [...] al governo-amministrazione ».

Pourtant, la possibilité d'étendre le principe de légalité substantielle, en dehors de la fonction de « direction et de coordination » a été, la plupart du temps contestée. Ainsi, d'après le professeur Cheli, la Cour aurait seulement considéré le principe, non comme un paramètre de la fonction réglementaire ou de l'activité administrative en général, mais seulement dans le cadre des normes de « direction et de coordination », parce que celles-ci ont une incidence sur les normes primaires de la législation régionale⁶⁴⁸. La spécificité de cette modalité de répartition des pouvoirs dans le cadre de l'Etat régionalisé impliquerait le recours à ce principe pour régir, dans ce secteur, les relations entre la loi et le règlement. À partir du moment où la Cour admet la possibilité que la fonction de direction et de coordination soit exercée par voie réglementaire, il paraît nécessaire que ce règlement ne soit que le prolongement de dispositions législatives. En effet, le législateur régional est tenu de respecter les normes édictées dans l'exercice de cette fonction. Ceci aboutit à « l'obligation, pour le législateur régional, de se conformer à un acte qui est et conserve une nature administrative et qui, en vertu du même principe de légalité, demeure subordonné à la loi, étatique ou régionale »⁶⁴⁹. Cette donnée permet d'expliquer la nécessité que l'acte administratif de « direction et de coordination » ne soit qu'un prolongement de la loi, comme l'implique le recours au principe de légalité substantielle. Ce sont donc des motivations propres à l'activité de « direction et de coordination » qui justifient le recours, dans ce domaine, à cette version du principe de légalité. D'ailleurs, si l'on considère que cette activité s'exerce principalement sur la base de l'article 117 de la Constitution⁶⁵⁰, il est possible de penser que celui-ci consacre simplement une réserve en faisant référence à la nécessité pour la loi de poser des principes fondamentaux, ce qui aboutit à retrouver l'équivalence entre principe de légalité et réserve relative de loi⁶⁵¹.

D'ailleurs, certains auteurs rappellent opportunément que la Cour constitutionnelle, loin d'avoir reconnu la valeur constitutionnelle du principe de légalité substantielle, a plutôt consacré celui-ci comme un principe général de l'ordonnement juridique⁶⁵².

Non moins controversée est la question de la consécration du principe de légalité en tant que non contrariété ou en tant que compatibilité simplement formelle.

Cette seconde thèse est notamment développée par le professeur Zagrebelsky. Selon lui, le principe est que le règlement doit nécessairement trouver un fondement déterminé dans une loi, l'ordonnement juridique le consacrant comme une norme secondaire. Il ne peut être considéré comme

l'expression d'un pôle normatif autosuffisant, mais uniquement comme la poursuite du processus d'intégration initié par la loi, dans les cas et les limites déterminées par le texte législatif⁶⁵³. Et le fondement législatif du pouvoir réglementaire ne peut se contenter d'une attribution générique, mais doit être individualisable cas par cas⁶⁵⁴.

La seule hypothèse où le principe de légalité peut ne pas impliquer l'exigence d'une autorisation particulière réside dans la possibilité pour l'Exécutif d'édicter spontanément des règlements de stricte exécution de la loi⁶⁵⁵. En ce cas, le contenu exécutif de l'acte, c'est-à-dire l'absence de disposition novatrice par rapport à celles contenues dans la loi, permet de penser qu'il rentre dans la compétence institutionnelle du gouvernement, en tant que pouvoir exécutif.

L'analyse développée se rapproche de celle de Carré de Malberg : le règlement tire sa validité de son caractère *secundum legem*, soit parce qu'il est exécutif de la loi, soit parce qu'il est pris en son exécution. Il ne peut intervenir que moyennant une habilitation législative, nécessitant pour intervenir, le fondement d'une loi préalable.

Elle s'oppose directement à la thèse « institutionnelle », pour laquelle le pouvoir réglementaire procède directement de la Constitution et ne dépend pas de la loi pour intervenir, dès lors qu'il respecte la compétence attribuée à la loi par la Constitution. Selon cette dernière théorie, le règlement dérive d'un pouvoir normatif attribué par la loi fondamentale et peut donc se passer de l'autorisation législative ponctuelle. Il doit se contenter d'intervenir en dehors des matières réservées à la loi, puisqu'il s'agit d'un domaine que la Constitution exclut de sa zone de compétence et se doit de ne pas contredire les textes à valeur législative, compte tenu de l'existence du principe de hiérarchie normative. Ainsi, encadré par les lois existantes ou à venir, le Parlement étant toujours à même d'intervenir sur un secteur normatif, même non inclus dans une réserve, considérant l'inexistence d'un domaine réservé à l'Exécutif, et limité par l'espace couvert par les réserves de loi, l'Exécutif peut toujours édicter des actes réglementaires.

Les tenants de la conception du principe de légalité en tant que simple compatibilité, encore minoritaires⁶⁵⁶ ont tendance à se renforcer, compte tenu de la situation de « crise de la loi », qui nécessite l'augmentation des prérogatives de l'Exécutif.

La tentative de réorganisation des pouvoirs normatifs du Gouvernement, au centre de laquelle se trouve la réserve de loi, a fait ressurgir le débat sur la conception du principe de légalité.

648 « Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare », *Quaderni costituzionali* 1990, n° 1, p. 66.

649 M. PEDETTA, « Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti », *Giuris. cos.* 1983, p. 680. On retrouve l'inversion des données hiérarchiques au profit du principe de compétence, à l'instar de ce qui se passe pour les « bases » en Espagne (cf. *supra*).

650 « La région fixe pour les matières suivantes des règles législatives dans les limites des principes fondamentaux fixés par les lois de l'Etat... ».

651 Dans le sens de l'existence d'une réserve de loi en matière de fonction de « direction et de coordination », et de sa confusion avec le principe de légalité substantielle, voir G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...*, op. cit., p. 237 et *Diritto costituzionale*, UTET, Turin, 1990, t. 1, p. 301.

652 Cf. CHELI, op. cit., p. 65 ; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padoue, 1991, p. 173 ; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, op. cit., p. 59. Ces auteurs citent à l'appui de leur thèse, la décision n° 13 du 2 mars 1962.

653 *Il sistema...*, op. cit., p. 51.

654 Toutefois, cet auteur admet la possibilité d'autorisation législative implicite (*ibid.*, p. 209).

655 *Ibid.*, p. 209.

656 Même si notamment représentés par E. CHELI (cf. *Potere regolamento e struttura costituzionale*, CEDAM, Padoue 1967) ou A. PIZZORUSSO (« La disciplina dell'attività normativa del Governo », *Le regioni* 1987, n° 3, p. 330-337).

Chapitre II

LE RÉAMÉNAGEMENT DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE GOUVERNEMENTAL

I 12 Si la réserve de loi occupe une large place au sein de la Constitution italienne, il n'en est pas de même pour le pouvoir réglementaire. L'article 87 alinéa 5 se contente en effet de prévoir que le Président de la République édicte les règlements, sans rien disposer sur le champ d'intervention de ceux-ci. Cette rédaction laconique a souvent été mise en relief par la doctrine⁶⁵⁷, et rend d'autant plus important le rôle des différentes réserves de loi en tant que limites à l'expression des capacités normatives gouvernementales⁶⁵⁸.

Cette quasi-carence de la Constitution suscite l'intervention de la loi pour compléter et préciser l'article 87, puisque ce dernier se satisfait de la seule institution du pouvoir réglementaire, qui se voit au moins reconnaître une origine constitutionnelle incontestable. Ainsi, l'objet de la loi de développement de l'article 87, 5^e alinéa, consiste seulement dans la réglementation des hypothèses et des modalités d'intervention du pouvoir normatif qu'attribue cet article à l'Exécutif.

I 12 En cela, la Constitution de 1947 ne fait que prolonger l'ancienne loi fondamentale. En effet, le fameux Statut Albertin ne procédait qu'à une définition très laconique du pouvoir réglementaire. C'est d'ailleurs ce qui avait conduit le législateur à édicter la loi n° 100 du 31 janvier 1926, relative aux capacités de l'Exécutif à édicter des normes juridiques. Celle-ci est restée en vigueur, dans ses principales dispositions, après la promulgation de la Constitution.

I 12 C'est seulement en 1988 que le législateur s'est décidé à régir de nouveau l'attribution du pouvoir réglementaire par la loi n° 400 du 23 août⁶⁵⁹, relative à la réglementation de l'activité du gouvernement et à l'organisation de la présidence du Conseil des ministres, dont l'objet est certes plus large que la simple définition des normes applicables à l'édition des actes réglementaires. Seul le chapitre III est relatif aux pouvoirs normatifs du gouvernement et encore, seul l'article 17 concerne le pouvoir réglementaire⁶⁶⁰. Néanmoins, il envisage,

657 Cf. par exemple, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, t. 2, CEDAM, Padoue, 1984, p. 124 ; A. PIZZORUSSO parle, quant à lui, de silence quasi total de la Constitution à propos du pouvoir réglementaire de l'Exécutif (« Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano », *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1989, n° 3, p. 297).

658 En ce sens, voir G. ZANOBINI, « La potestà regolamentare e le norme della costituzione », *RTDP* 1951, p. 553. Cet auteur insiste sur la nécessité de chercher dans d'autres dispositions de la Constitution des restrictions au pouvoir réglementaire conféré par la Constitution, après avoir mis en lumière l'antagonisme entre la longueur de la Constitution et la faible importance des dispositions consacrées au pouvoir réglementaire, et alors que les règles relatives à la législation d'urgence sont très développées.

659 *Gazzetta Ufficiale* du 12 septembre 1988, n° 214.

660 Les autres chapitres traitant respectivement des organes du Gouvernement (Chapitre I), des rapports entre l'État, les régions et les provinces autonomes (Chapitre II), de l'organisation administrative de la présidence du Conseil (Chapitre IV), et du personnel de la présidence du Conseil (Chapitre V). Au sein du chapitre III, les articles 14 à 16 font référence aux actes de l'Exécutif ayant force législative (Décrets-lois et décrets législatifs).

dans ses différentes dispositions, une typologie du règlement qu'il va nous falloir décrire.

Auparavant, on peut rappeler que la loi 400 s'inspire largement du texte de la proposition de loi n° 38, déposée devant la Chambre des députés le 2 juillet 1987, à l'initiative d'un groupe de députés emmené par S. Labriola, par ailleurs président de la Commission des affaires constitutionnelles de cette même assemblée lors du vote de cette loi. Celui-ci ne fait à son tour que reprendre, dans ses grandes lignes, le texte d'origine parlementaire, approuvé par la Chambre le 16 avril 1986, mais qui n'acheva pas l'intégralité du parcours législatif, le Sénat ne l'ayant pas examiné alors qu'intervint la dissolution des Chambres.

I 12 La caractéristique la plus notable de la loi 400 réside dans la consécration expresse de la possibilité d'existence du règlement indépendant. Mais les autres dispositions relatives aux règlements délégués, aux règlements exécutifs ou aux règlements d'organisation n'en sont pas moins importantes, puisque toutes ont une incidence sur la réserve de loi.

§ 1 - LA CONSÉCRATION DU RÈGLEMENT INDÉPENDANT

I 12 L'alinéa du 1^{er} paragraphe de l'article 17 de la loi 400 prévoit que pourront être régies par décret en Conseil des ministres, les matières dans lesquelles aucune réglementation législative n'est intervenue, dès lors qu'il ne s'agit pas de matières réservées à la loi. Ainsi, le législateur fait usage de son pouvoir de délimitation des compétences en dehors du champ des matières réservées à la loi, pour attribuer à l'Exécutif l'ensemble des secteurs non couverts par une loi préexistante. Il crée de la sorte un espace ouvert en permanence au pouvoir réglementaire, dont les limites sont constituées par les réserves matérielles et formelles. La première restriction s'explique par l'impossibilité pour le Parlement de renoncer à la compétence que lui attribue la Constitution ; aussi, il n'était pas possible d'autoriser le règlement à se substituer à la loi dans ces matières. S'agissant de la deuxième restriction, le principe de hiérarchie juridique entraîne le respect de la loi pour le règlement, si bien que la présence d'une loi dans une matière même non réservée par la Constitution implique que seule une autre loi pourra modifier les dispositions édictées (on retrouve la fameuse « congélation de rang » — du droit espagnol), bloquant alors toute possibilité d'intervention réglementaire (et ce sauf délégalisation, d'ailleurs régie par d'autres dispositions de la loi 400).

Ce faisant, la loi 400 configure un règlement qui peut intervenir spontanément, dans un espace précisément borné. Mais celui-ci n'est pas réservé au règlement, puisque la loi 400 a simplement valeur législative ; il lui est seulement attribué, de façon précaire, une loi ultérieure pouvant toujours intervenir. La loi du 23 août 1988 ne crée pas une zone vide de loi, mais cherche à donner au pouvoir réglementaire des capacités d'intervention en cas de vide législatif. L'objectif recherché n'est pas de reconnaître un pouvoir réglementaire protégé des incursions législatives⁶⁶¹, mais de consacrer une certaine conception du règlement en tant que norme palliative des carences éventuelles de la loi. D'autre part, le caractère spontané de ces règlements peut être relativisé, dans la mesure où ils sont édictés en application de la loi 400. C'est ce texte qui sert de

661 C'est en ce sens que l'on ne peut qualifier les règlements pris sur le fondement de l'article 17 c, de « règlements autonomes ».

base pour l'émanation des actes réglementaires. Si bien qu'il existe un lien avec la loi considérant que c'est elle qui procède à l'attribution du pouvoir normatif. Même si la loi 400 ne pose évidemment aucune règle de fond, susceptible de s'imposer aux règlements pris sur le fondement de l'article 17 c, elle définit la compétence de l'Exécutif. Ainsi, ces actes sont formellement rattachables à la loi. [L'origine législative du règlement indépendant italien le distingue du règlement indépendant espagnol qui, selon ses défenseurs trouve sa source directement dans la Constitution et non dans une attribution générique de la loi ⁶⁶².]

Ceci amène à s'interroger sur la nécessité pour la loi de prévoir ce type de règlement, alors que la Constitution confère expressément le pouvoir réglementaire à l'Exécutif. Autrement dit, la loi 400 ne se contente-t-elle pas de réitérer une capacité normative préexistante dans l'ordonnancement juridique, en vertu de la Constitution ? Il suffit de considérer que le texte de 1947 consacre le pouvoir réglementaire comme un pouvoir propre de l'Exécutif, soumis aux limites qu'elle institue. L'origine constitutionnelle du pouvoir réglementaire permettrait alors à son détenteur d'intervenir, même en l'absence d'autorisation législative, dès lors qu'il n'existe pas de réserve de loi matérielle ou formelle.

Mais l'idée que le pouvoir réglementaire puisse découler directement de la Constitution apparaît comme étrangère à une partie importante de la doctrine. Au contraire, l'opinion prévaut que le pouvoir réglementaire doit être attribué par une norme législative expresse ⁶⁶³. Néanmoins, dans la décision 79 du 3 juin 1970, elle a posé que « les règlements sont toujours fondés sur la loi » ⁶⁶⁴.

Cette nécessité de la médiation législative pour l'intervention réglementaire est expliquée la plupart du temps par le quasi-silence de la Constitution relativement au pouvoir réglementaire. Pour G. Zagrebelsky, il s'inscrit dans la logique de la théorie de la formation du droit par degrés, qui entraînerait que « la source naturelle de la source secondaire est la source primaire, c'est-à-dire la loi et non la Constitution » ⁶⁶⁵. Ce serait donc la loi qui serait seule à même de prescrire son développement par des normes réglementaires, la condition de

⁶⁶² Cf. *supra*.

⁶⁶³ Cf. G. LANDI et G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, 9^e éd., p. 46. Plus généralement, voir M. ROSSI, « Un decennio di giurisprudenza del Consiglio di stato in tema di regolamenti (1977-1986) », contribution dactylographiée au Colloque sur les actes normatifs secondaires du Gouvernement, Université de Florence, 28-29 juin 1991, qui parle à ce propos « d'opinion largement partagée en doctrine », voire de quasi-unanimité, citant à l'appui de nombreux auteurs (p. 12 du rapport, et note 7). C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué le Conseil d'État dans un avis du 15 septembre 1986, n° 754 (rapporté par M. ROSSI, *op. cit.*, p. 6), déniait que l'Exécutif puisse édicter un règlement sans autorisation législative préalable. La Cour constitutionnelle n'a pas eu l'occasion de statuer expressément sur la question de la nécessité d'une loi préalable à l'édiction d'un acte réglementaire (ce qui peut se comprendre, dans la mesure où elle juge seulement des actes ayant force de loi (article 134), alors que l'interrogation sur la nécessité d'une *lex previa* concerne avant tout la validité de l'acte réglementaire).

⁶⁶⁴ *Giuris. cos.* 1970, p. 1055. Toutefois, cette affirmation peut être relativisée, dans la mesure où était en cause dans cette affaire le problème du titulaire du pouvoir réglementaire. Plus précisément, il s'agissait de savoir si les ministres pouvaient être détenteurs du pouvoir réglementaire, la Constitution semblant seulement réserver au Président l'émanation de décrets (article 87). Tranchant un débat doctrinal, la Cour admet la possibilité pour les ministres d'édicter des règlements, sous la condition qu'une loi leur ait conféré ce pouvoir. La Cour constitutionnelle s'est donc plutôt prononcée sur le pouvoir réglementaire ministériel (aujourd'hui réglementé par le troisième paragraphe de la loi 400, qui réitère la nécessité d'une autorisation législative ponctuelle, refusant toute attribution générique de pouvoir réglementaire aux ministres), que sur les relations entre la loi et le règlement (Voir en ce sens, G. RESCIGNO, « I regolamenti ministeriali secondo la Corti costituzionale », *Giuris. cos.* 1970, p. 1075 et s.).

⁶⁶⁵ *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, EGES, Turin, 1984, p. 206.

norme primaire qui lui est attachée impliquant qu'elle s'interpose entre la Constitution et le règlement. Tout pouvoir réglementaire procéderait seulement de l'acte législatif qu'il est censé développer.]

Reste que poussée dans ses limites, cette doctrine conduit à s'interroger sur la validité constitutionnelle de l'article 17 c. En effet, l'attribution générique du pouvoir réglementaire qu'il réalise contredit la logique de l'interposition législative préalable. Elle équivaut purement et simplement à un blanc-seing conféré à l'Exécutif une fois pour toutes, lui permettant de prendre les actes qu'il lui plaît. Ceci aboutit à tourner l'impératif de la *lex previa*, la loi 400 se présentant comme une simple attribution formelle, mais permanente du pouvoir réglementaire.

Plus précisément, les doutes relatifs à la constitutionnalité de cette disposition se décomposent en plusieurs arguments complémentaires.

En premier lieu, la prévision du règlement indépendant serait contraire au principe (à valeur constitutionnelle) de légalité. Selon l'interprétation retenue de ce dernier, « *richiede infatti almeno un'attribuzione specifica di potere, e non può certo ritenersi soddisfatto da una previsione assolutamente generica, oltre che generale, come quella dell'art. 17, comma 1, lett. e* » ⁶⁶⁶. D'après cette analyse, le principe de légalité ne se réduit pas à la recherche de la non contrariété entre la loi et le règlement (il s'agirait seulement du principe de « préférence de la loi »), mais suppose que toute intervention réglementaire soit expressément autorisée par la loi au cas par cas. Cet axiome résulte de la mutation de « l'État administratif », où l'Exécutif dispose d'un pouvoir originaire et d'une primauté d'action pour la satisfaction des besoins collectifs, en « État législatif », composante de l'État de droit, dans lequel les droits et libertés des citoyens ne peuvent être limités qu'en vertu d'une autorisation législative ⁶⁶⁷.

De façon plus générale, la consécration du principe de légalité en tant que légalité substantielle, interdit toute autorisation législative qui ne prévoirait pas au moins les principes susceptibles de s'imposer à la régulation législative. La loi ne pourrait pas se contenter de renvoyer à l'Exécutif, mais devrait, en toute hypothèse, définir des normes de fond susceptibles de s'imposer et de diriger l'action normative gouvernementale, en lui fournissant un cadre. Cette obligation d'un contenu minimum de la législation condamne tout renvoi générique au règlement ⁶⁶⁸.

La solution serait identique si l'on considère qu'il existe dans l'ordonnancement italien une réserve générale de loi. En ce cas, la possibilité de

⁶⁶⁶ L. CARLASSARE, « Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare », *Quaderni costituzionali* 1990, p. 13.

⁶⁶⁷ Pour l'exposé détaillé de cette transformation, voir L. CARLASSARE, *op. cit.*, p. 14 à 18.

⁶⁶⁸ Toutefois, elle présuppose que cette version du principe de légalité soit effectivement consacrée en droit positif, ce qui (on l'a vu) est discuté. Ceci explique que cette critique ne soit pas utilisée par les auteurs qui nonobstant leurs doutes sur la constitutionnalité de la loi 400, rejettent l'existence de ce principe (Cf. par exemple, G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, vol. 1, UTET, Turin, 1990, p. 301). Par contre, pour L. CARLASSARE, le principe de légalité dans sa dimension substantielle entraîne l'inconstitutionnalité subséquente de l'article 17 c (Cf. « Il ruolo... », *op. cit.*, p. 18 à 21 et, du même auteur, « Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n° 400 del 1988 a confronto col principio di legalità », *Giuris. cos.* 1988, 2^e partie, p. 1480 et encore « Due motivi d'interesse della sent. n° 236 del 1994 : rilevanza e riserva relativa », *Giuris. cos.* 1994, p. 3009).

trouver un espace exempt de réserve, comme l'exige l'article 17, serait absolument nulle, ce qui conduirait cette disposition à rester lettre morte⁶⁶⁹.

L'observation sur le principe de légalité rejoint la constatation du caractère moniste du régime parlementaire italien. Par ce terme, la doctrine entend signifier que le Parlement est le seul organe jouissant d'une légitimité démocratique directe. De ce fait, il occupe une position centrale au sein de l'ordonnement juridique, aucun autre organe ne pouvant se prévaloir d'une telle légitimité. Ceci signifie que contrairement à la monarchie allemande du début du siècle, il n'existe qu'un seul pouvoir normatif originaire, l'Exécutif étant dans une position subordonnée par rapport au législatif. Il en résulte que la loi ne saurait instituer une source normative « autonome », affranchie de l'autorisation législative ponctuelle. C'est ce qu'exprime le professeur Zagrebelsky, lorsqu'il écrit : « *Tale fondamento legislativo non può inoltre essere dato una volta per tutte investendo il governo di una funzione normativa in astratto, poiché ciò introdurrebbe, attraverso una potestà regolamentare "indipendente", un principio dualista, contro lo schema fondamentalmente monista accolto dalla costituzione* »⁶⁷⁰.

Enfin, le caractère moniste du régime italien entraîne que la loi est la seule source primaire, chargée de définir les normes de premier rang de toute régulation, l'Exécutif ne pouvant que développer, selon une marge plus ou moins importante, les prescriptions législatives. Ceci justifie que toute disposition réglementaire trouve sa source dans la loi, de façon médiate ou immédiate. Autrement dit, l'Exécutif ne doit pas pouvoir disposer d'une capacité autonome de décision, puisque contrairement au législateur, il ne possède pas un pouvoir discrétionnaire. En conférant un blanc-seing à l'Exécutif, la loi 400 lui octroie un pouvoir identique à la loi, puisqu'il lui permet de poser, dans le domaine qu'il définit, des normes primaires, la loi n'étant pas intervenue pour définir les lignes essentielles de la matière. Agissant dans un espace dépourvu de lois, puisque par hypothèse, le règlement indépendant intervient hors des réserves formelles ou matérielles, l'Exécutif peut définir librement des règles, sans être tenu de respecter une quelconque réglementation préalable. La loi 400 constitue donc un large abandon de la vocation primaire de la loi, au profit du règlement.

L'ensemble de ces critiques prend pour cible l'objet même de la loi 400, c'est-à-dire l'augmentation des facultés normatives de l'Exécutif. Elles procèdent toutes de la même conception du règlement comme un acte second, entièrement conditionné par la loi et qui ne possède aucune faculté propre ; ce faisant, elles tendent à constater l'inconstitutionnalité de la loi 400.

Reste que le débat relatif à l'existence des règlements indépendants au sein de l'ordonnement italien a déjà eu lieu. La loi n° 100 du 31 janvier 1926 prévoyait en effet à côté des règlements exécutifs et des règlements d'organisation, la possibilité pour l'Exécutif d'adopter « les normes juridiques nécessaires à l'usage des pouvoirs lui appartenant », lui reconnaissant de la sorte une capacité permanente d'édicter des actes réglementaires dans les limites de ses attributions, à savoir, hors des matières réservées à la loi.

Pour un certain nombre d'auteurs, cette disposition précise n'aurait pas survécu à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1947 qui l'aurait abrogée, en tant qu'incompatible avec le nouvel ordre juridique. Ainsi, selon le professeur Crisafulli, les règlements indépendants prévus par l'article 2 de la loi 100

« sono anzitutto da escluderne oggi, se mai vi rientrarono in passato, i regolamenti "di regia prerogativa", riservati un tempo alla Corona in materie determinate (onorificenze, titoli nobiliari, ecc.) i quali sono ovviamente scomparsi dall'attuale ordinamento repubblicano »⁶⁷¹. Ceci s'explique, selon G. Zagrebelsky, par le fait que l'ordonnement dualiste, faisant cohabiter un monarque et une assemblée partageant la légitimité institutionnelle, a été remplacé, en 1947, par un régime moniste où les assemblées représentent seules la légitimité immédiate⁶⁷², ce qui interdit – on l'a vu – toute source normative concurrente de la loi.

Dans la décision n° 79/1970⁶⁷³, la Cour a reconnu que les règlements gouvernementaux prévus par la loi n° 100 de 1926 ont trouvé un fondement une fois pour toutes dans ce texte, semblant ainsi considérer que celui-ci se trouve toujours en vigueur. Toutefois, la Cour n'a pas précisé si la possible recherche d'une base juridique pour les règlements dans la loi 100 concernait toutes les dispositions de l'article 1^{er}, et en particulier, l'attribution de compétences normatives concernant « l'usage de pouvoirs appartenant à l'Administration ». Faute de précisions supplémentaires, rien ne dit que la Cour ait admis que l'intégralité de l'article 1^{er} de la loi 100 soit encore en vigueur. Tout ce que l'on peut déduire de cet arrêt est qu'au moins certains alinéas de l'article 1^{er} de la loi 100 peuvent encore servir de fondement au pouvoir réglementaire, sans autres conséquences sur l'existence du règlement indépendant.

D'autre part, l'idée selon laquelle les dispositions de la loi 100 relatives au règlement indépendant seraient désormais caduques, n'a pas rassemblé l'unanimité de la doctrine. Dès l'origine de la Constitution, certains auteurs se sont prononcés en faveur de leur maintien⁶⁷⁴.

Ce débat juridique devait ressurgir avec l'article 17 c de la loi, puisque ce dernier consacre, sans discussion possible, un pouvoir réglementaire capable d'intervenir spontanément hors des réserves de loi, tandis que la référence de la loi 100 à ce type de règlement était plus ambiguë.

Ainsi, certains spécialistes se sont prononcés en faveur de la pleine validité constitutionnelle de l'institution par la loi 400 de règlements indépendants.

En premier lieu, même des auteurs admettant la nécessité d'une base législative au pouvoir réglementaire du gouvernement considèrent que la loi du 23 août 1988 répond à cette exigence. Selon eux, les règlements de l'article 17 c ne sont pas l'expression d'un pouvoir propre de l'Exécutif, mais d'un pouvoir dérivé de la loi⁶⁷⁵. Il s'agit d'un pouvoir strictement encadré et limité par le législateur, et qui reste à la merci d'une intervention législative postérieure qui

671 *Lezioni di diritto costituzionale*, op. cit., p. 128.

672 *Il sistema costituzionale...*, op. cit., p. 52.

673 Précitée.

674 Cf. G. ZANOBINI, « La potestà regolamentare et le norme della Costituzione », op. cit., p. 557 : « (Les dispositions de l'article 1 de la loi 100) relative alla procedura di emanazione dei regolamenti e alla distinzione di questi in esecutivi e indipendenti, non sono né confermati, né contraddetti da norme particolari o da principi generali della Costituzione e per cui debbono ritenersi del tutto in vigore ». Dans le même sens : G. RESCIGNO, op. cit., p. 1057. P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padoue, 5^e ed., 1987, p. 52, qui considère qu'il existe une règle générale selon laquelle toutes les matières non concernées par les normes constitutionnelles peuvent être régularisées, hors des réserves de loi, indifféremment par des normes primaires, ou en cas de carence, par des sources hiérarchiquement inférieures, confinant de la sorte le règlement indépendant à un rôle supplétif de la loi dans les matières non réservées ; plus généralement, voir les auteurs cités par C. MORTATI, « Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi », *RTDP* 1970, p. 16, note 22.

675 S. BARTOLE, « Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della legge n° 400 del 1988 », *Giuris. cos.* 1988, 2^e partie, p. 1472.

669 En ce sens, voir A. PACE, « I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella legge 400 », *Giuris. cos.* 1988, p. 1483 et s.

670 G. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 208.

viendrait abroger les normes réglementaires et réduire le champ du règlement indépendant. D'ailleurs, ce pouvoir n'existe que par la volonté du Parlement, lequel a décidé librement que l'Exécutif puisse intervenir dans les matières non réservées. Toute autre solution reviendrait à limiter le pouvoir du législateur, hors des réserves de loi, et en plein respect du principe de hiérarchie normative, de définir les règles de compétence en choisissant de réguler lui-même les secteurs non réservés ou en renvoyant cette tâche à l'Exécutif. Or, le texte constitutionnel n'impose nullement une telle limite, le pouvoir discrétionnaire du législateur pouvant jouer à plein pour déterminer, dans les matières non réservées, l'organe politique responsable de la définition des normes⁶⁷⁶.

De façon plus catégorique, le principe du fondement du pouvoir réglementaire dans la loi est contesté. Il doit plutôt être recherché dans la Constitution ou plus exactement, « dans la place que celle-ci a réservée au Gouvernement non seulement en tant qu'organe de direction, mais aussi comme organe normatif »⁶⁷⁷. Le gouvernement doit être considéré non seulement comme un organe de direction politique et administrative, mais aussi comme un organe de production normative, dont les attributions sont directement fondées sur un titre constitutionnel, que ce soit en matière de décret-loi⁶⁷⁸, de décret législatif⁶⁷⁹ ou de pouvoir réglementaire⁶⁸⁰. Et le fait que la Constitution se limite à évoquer le pouvoir réglementaire, sans le réglementer, ne remet pas en cause l'existence de celui-ci en tant que pouvoir propre de l'Exécutif, mais autorise seulement la loi à déterminer les modalités d'exercice de ce pouvoir. Ainsi, le pouvoir réglementaire ne dépendrait pas de la loi, mais reposerait directement sur la Constitution.

Pour Cheli, l'origine constitutionnelle du pouvoir réglementaire représente l'achèvement actuel des rapports entre la loi et le règlement. Quatre étapes permettent de représenter l'évolution de ces rapports⁶⁸¹. La monarchie constitutionnelle constitue la première étape. Conformément au modèle classique de la monarchie germanique du début du siècle, le pouvoir réglementaire appartient au Roi, en tant que pouvoir originaire. La loi intervient dans le strict espace des matières réservées, qui ira en s'amplifiant progressivement, et apparaît surtout comme une limite aux prétentions normatives de l'Exécutif. Dans ce cadre, le critère de compétence apparaît comme le régulateur des relations réciproques entre ces deux types de normes.

La deuxième étape est caractérisée par l'affirmation progressive du gouvernement parlementaire, en conséquence de la dynamique propre au principe démocratique. Le principe de compétence est abandonné au profit du principe hiérarchique, et la loi tend à devenir la norme centrale, dont découlent et dépendent la validité et la légitimité des autres normes. Seule norme dont la légitimité démocratique est immédiate, elle conditionne les normes émanées d'organes dont la situation politico-institutionnelle est plus éloignée de la source démocratique. Le principe de légalité acquiert tout sa portée, ne se limitant plus à une simple exigence de non contradiction entre la loi et le règlement, mais implique que le règlement trouve ponctuellement son fondement dans la loi.

676 En ce sens, voir S. BARTOLE, *op. cit.* et E. CHELI, « Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare », *quaderni costituzionali* 1990, n° 1, p. 66.

677 E. CHELI, *op. cit.*, p. 69.

678 Article 76.

679 Article 77.

680 Article 87-5.

681 *Op. cit.*, p. 67 à 68.

La troisième époque est marquée par l'avènement du fascisme et l'approbation de la loi 100 de 1926. Elle se caractérise par un accroissement des pouvoirs normatifs gouvernementaux, et correspond à la consécration du fameux règlement indépendant, « tout en laissant ouverte la perspective du possible maintien du principe de légalité de l'époque libérale »⁶⁸².

Enfin, aujourd'hui, la Constitution républicaine a réaffirmé la valeur fondamentale du principe démocratique, fondé sur la souveraineté populaire et sur le gouvernement majoritaire. Mais, elle introduit une importante novation, en instituant la rigidité constitutionnelle. Ceci entraîne une modification des rapports entre la loi et la Constitution, qui fait que « l'unique source distributrice des compétences à titre originaire est la Constitution » et qu'en conséquence, « la loi, à l'instar des autres actes des différents pouvoirs, n'exprime plus un pouvoir originaire de type constituant, mais seulement un pouvoir dérivé de type constitué »⁶⁸³. C'est donc la Constitution et elle seule qui procède à la distribution des capacités normatives, en fonction des principes de séparation des pouvoirs et de représentation démocratique. Ceci permet d'affranchir l'Exécutif de l'autorisation législative ponctuelle, puisqu'il tient son pouvoir directement de la Constitution.

Cette théorie du pouvoir réglementaire en tant qu'attribution directe de la Constitution est récente pour la doctrine italienne. Ceci peut surprendre dans la mesure où il ne s'agit que d'une conséquence immédiate de la conception de la Constitution en tant que norme de distribution des pouvoirs. D'autant plus que la doctrine et les juridictions françaises avaient dégagé cette solution dès le début du XX^e siècle, dans un contexte où la suprématie constitutionnelle n'était pas assurée (ce qui est loin d'être le cas du modèle italien). Elle permet en tout cas de distinguer le fondement réel du pouvoir réglementaire qui réside dans la Constitution.

Le professeur Pizzorusso a lui aussi proposé une relecture des relations entre la loi et le règlement, qui autoriserait l'Exécutif à se dispenser d'une autorisation législative pour édicter des actes réglementaires hors du domaine de la loi.

L'application du principe de hiérarchie impliquerait la répartition des différentes sources normatives sur une série de niveaux différents, avec pour conséquence que chaque niveau est tenu de respecter les normes posées au niveau supérieur, mais pourrait occuper tout l'espace laissé libre par ce dernier⁶⁸⁴. A l'instar de la loi vis-à-vis de la Constitution, le règlement pourrait adopter toute régulation indépendante par rapport aux préceptes législatifs, sous l'unique limite de respecter la primauté de la loi et les réserves de loi. Il s'agit de tirer toutes les conséquences de la transformation du système normatif, du fait de l'introduction d'une Constitution rigide. On passe d'un système « radial », au centre duquel se situe la loi, dont dépend la possibilité de mettre en œuvre une autre source, à un système « en cascade », où les sources sont hiérarchiquement organisées et développent les prescriptions définies par la source supérieure⁶⁸⁵. L'acceptation du modèle kelsenien, sur lequel repose la Constitution italienne, implique un système hiérarchique dans lequel les sources normatives inférieures mettent en œuvre et détaillent les principes posés par la source supérieure, sans pouvoir les

682 *Ibid.*, p. 68.

683 *Ibid.*

684 « La disciplina dell'attività normativa del Governo », *Le regioni* 1987, n° 3, p. 336.

685 « Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano », *op. cit.*, p. 300.

remettre en cause. On aboutit de la sorte à une répartition des compétences entre la loi et le règlement de type vertical : la loi pose les normes primaires dans ou au-delà de son domaine de compétences⁶⁸⁶, le règlement ne faisant que les développer, utilisant pour ce faire, l'ensemble de l'espace non couvert par la loi et donc non réservé, puisque la compétence législative est obligatoire.

Ainsi, une fois réalisée la subordination de l'Exécutif au législatif, « il n'existe plus aucune raison de configurer le pouvoir réglementaire – qui est secondaire et il ne peut en être qu'ainsi – comme le produit d'une habilitation exceptionnelle, celle-ci étant à l'inverse nécessaire pour légitimer l'exercice – il est vrai exceptionnel – du pouvoir normatif primaire de la part de l'Exécutif »⁶⁸⁷. Le fondement du pouvoir réglementaire doit être recherché dans l'obligation, reconnue par la Constitution, de mettre en œuvre les normes primaires, par l'élaboration de normes non écrites, mais nécessaires à l'application de la loi.

En conséquence, l'antagonisme entre règlement d'exécution et règlement indépendant disparaît, le règlement reposant dans chaque cas sur la Constitution et voyant son champ d'intervention défini par la plus ou moins grande proximité d'une réserve de loi ou d'une loi. C'est de ce seul critère, énuméré par l'article 17 c, dont dépendent concrètement les capacités d'intervention du règlement et l'importance de la marge de manœuvre de l'Exécutif⁶⁸⁸. La différence entre les deux types réglementaires se réduit à une nuance dans le degré de discrétionnalité dont dispose l'Exécutif⁶⁸⁹, en fonction de l'importance de la réserve de loi ou de la régulation législative, si bien qu'il est pratiquement impossible et juridiquement inutile de distinguer entre les deux types d'actes.

Cette tendance à constater l'unité du pouvoir réglementaire se retrouve pour ce qui concerne le règlement « délégué ».

§ 2 - LA CONSÉCRATION DU RÈGLEMENT DÉLÉGUÉ

La prévision par la loi 400 de la possibilité pour l'Exécutif d'édicter des règlements dans des domaines antérieurement régis par des normes de valeur législative apparaît comme une consécration du règlement « délégué ».

Ceux-ci sont des actes réglementaires, édictés sur le fondement d'une loi, et qui peuvent modifier ou abroger des dispositions législatives préexistantes. Malgré leur caractère réglementaire, la force passive de la loi ne leur est pas opposable. Ceci explique la qualification retenue pour désigner ces actes : l'idée de délégation laisse penser (de façon impropre, comme on le verra) que la loi transfère au règlement sa puissance formelle. Les termes de « règlement

autorisé » ou de « règlement libre » sont aussi parfois utilisés, de façon significative, pour désigner ces règlements qui se présentent comme une inflexion au principe de la hiérarchie normative. Sans entrer dans le détail, il est possible de considérer que les règlements délégués recouvrent deux réalités distinctes, selon l'ampleur des pouvoirs conférés à l'Exécutif⁶⁹⁰.

En premier lieu, les règlements peuvent être autorisés à abroger des dispositions spécifiques, contenues soit dans la loi d'habilitation elle-même, soit dans des lois distinctes ; en second lieu, l'abrogation peut concerner la réglementation de matières entières, et c'est à cette occasion qu'est utilisé le terme de délégalisation. Néanmoins, ces deux hypothèses ont en commun de permettre une altération, ponctuelle ou plus étendue, du principe de légalité, entendu dans son acception minimale de non contradiction. Si l'impact politique est plus apparent dans la seconde hypothèse par rapport à la première, les effets juridiques, pour être plus localisés dans l'une que dans l'autre n'en sont pas moins identiques ; le critère *lex posterior* peut jouer au profit de la norme inférieure.

Naturellement, la question de la constitutionnalité de cette délégalisation opérée par voie législative a été discutée. Le problème vient du fait que la Constitution prévoit une procédure permettant au Parlement d'autoriser l'Exécutif à édicter des actes ayant valeur de lois ordinaires, l'article 77 énonçant que « le Gouvernement ne peut, sans délégation des Chambres, prendre des décrets ayant valeur de loi ordinaire », tandis que l'article 76 détermine les conditions applicables à cette délégation. Le texte constitutionnel ayant institué une possibilité limitée pour l'Exécutif de se voir conférer la capacité de déroger à des lois préexistantes par l'usage de la force législative, il est possible de se demander si la loi peut attribuer ce même pouvoir, en dehors des conditions constitutionnelles. Autrement dit, peut-il valablement coexister deux modalités de renvoi à l'Exécutif des possibilités de modifier des lois antérieures, l'une reposant sur la Constitution et permettant au gouvernement d'édicter temporairement des actes législatifs, modifiables seulement par la loi, l'autre reposant sur la loi et autorisant le règlement à déroger à des lois préexistantes par des actes demeurant réglementaires, et ce de façon permanente⁶⁹¹. Une réponse positive permettrait au législateur de s'évader des strictes conditions de l'article 76, en attribuant un pouvoir à l'Exécutif similaire à celui dont il pourrait disposer dans le cadre de cette disposition constitutionnelle, et qui présente, qui plus est, l'avantage de n'être pas limité dans le temps. Instituant une voie parallèle de dérivation, le règlement délégué produit les mêmes effets que les décrets législatifs.

D'autre part, la délégalisation représente une forme de disposition du législateur sur la force législative puisque c'est la loi qui autorise le règlement à déroger à des dispositions législatives déjà en vigueur.

Or, le principe de supériorité de la loi sur le règlement⁶⁹² n'est pas à la portée du Parlement, dans un système de Constitution rigide⁶⁹³. La loi ne pourrait donc attribuer à des actes édictés par l'Exécutif une force juridique identique à celle de la loi, ou au contraire dégrader la valeur juridique d'une loi

686 Qui, faut-il le répéter, est très étendu grâce à l'importance et au nombre de réserves de loi contenues dans la Constitution et grâce à l'interprétation large retenue par la Cour constitutionnelle des réserves de loi (Cf. par exemple, décision n° 236 – précitée – jugeant que relève de l'article 23 de la Constitution, selon lequel « nulle prestation personnelle ou patrimoniale ne peut être imposée si ce n'est conformément à la loi », les prestations nées d'un rapport commercial de droit privé, volontairement conclu, donnant accès à un service contrôlé par la puissance publique, à cause de son importance particulière (cas des redevances téléphoniques, etc). L'intervention législative se justifie ici par le fait que si le citoyen est libre de contracter, cette liberté se réduit à la possibilité de choisir entre la renonciation à la satisfaction d'un besoin essentiel et l'acceptation des conditions et des obligations imposées unilatéralement et autoritairement fixées).

687 « I difficile cammino del riordinamento del sistema delle fonti », *Giuris. cos.* 1991, p. 4266.

688 « Las fuentes... », *op. cit.*, p. 301.

689 Comme l'avait pressenti G. ZANOBINI, in « La potestà... », *op. cit.*, p. 556.

690 En ce sens, S. MERZ, « Osservazioni sul principio di legalità », *RTDP* 1976, n° 4, p. 1390.

691 Sauf à ce qu'une loi postérieure vienne abroger la loi habilitante ou directement se substituer à la réglementation réglementaire.

692 « La preferenza delle leggi », selon la formule d'Otto Mayer.

693 Cf. S. FOIS, « Legalità (principio di) », *Enc. Dir.*, XXIII, CEDAM, Milan, 1973, p. 694 ; A. D'ATENA, « Regolamento abilitato, legge deleganti e sindacato di costituzionalità », *Giuris. cos.* 1967, p. 1222 et s.

déjà existante. On en revient à l'interdiction pour la loi d'instituer une source concurrente d'elle-même, dont pourraient émaner des dispositions *contra legem*⁶⁹⁴. Enfin, le règlement délégué serait contraire au principe de légalité substantielle, dans la mesure où il interviendrait dans un espace affranchi de tout texte législatif, du fait de l'abrogation réalisée des lois antérieures. La loi autorisant le règlement délégué serait contraire aux exigences de la légalité substantielle impliquant la fixation de directives susceptibles de s'imposer à l'Exécutif. Par sa définition, le règlement délégué suppose que la loi soit essentiellement instrumentale, c'est-à-dire qu'elle se contente de renvoyer au règlement, sans trop énoncer de dispositions de fond. En effet, dans le cas contraire, l'importance de la régulation réglementaire est des plus réduites, et c'est principalement les dispositions législatives qui se substituent aux anciennes dispositions, le règlement devenant exécutif de la loi en perdant ses capacités abrogatives. L'intérêt de la délégalisation consiste justement à permettre un desserrage du réseau législatif d'un secteur déterminé et donc de conférer à l'Exécutif un large pouvoir d'innovation, l'autorisant à substituer ses propres normes à celles en vigueur.

Dans ces conditions, le principe du règlement délégué semble antagoniste avec le respect strict du principe de légalité substantielle. L'un exige que la loi définisse une réglementation développée qui cantonnera le pouvoir réglementaire, l'autre tend au contraire à limiter l'intervention législative au strict minimum.

Pourtant, malgré ces doutes, la Cour constitutionnelle n'a pas réfuté la possibilité d'existence de ces règlements délégués. Comme l'écrit M. Baudrez-Toucas, citant les décisions 111 de 1967 et 127 de 1981, la Cour « en refusant d'admettre le caractère d'acte ayant force de loi des règlements délégués, s'est implicitement montrée favorable à la délégalisation »⁶⁹⁵. Mais c'est à la doctrine qu'il est revenu de déterminer précisément les conditions d'admission de ce type d'acte.

Comme le premier grief soulevé à l'encontre des règlements délégués, et fondé sur les articles 76 et 77 de la Constitution, il a été avancé que la loi qui confère à l'Exécutif le pouvoir de modifier une loi antérieure ne comportait aucune délégation législative, s'agissant plutôt d'une simple disposition attributive de compétence⁶⁹⁶. La délégation se caractérise en effet par le fait que l'acte délégué possède la même efficacité formelle et matérielle que l'acte de l'autorité délégante. D'autre part, la délégation s'épuise par l'édition d'un seul acte ou du moins d'une série d'actes, édictés dans une certaine limite temporelle. Or, dans le cas de règlement délégué, celui-ci conserve son caractère réglementaire, possédant certes l'efficacité matérielle de la loi, mais dépourvu de son efficacité formelle⁶⁹⁷; dans le même sens, l'extension de la compétence législative que représente le règlement délégué est permanente, autorisant l'émanation de règlements successifs jusqu'à tant que la loi d'habilitation est encore en vigueur⁶⁹⁸. Ainsi, il est possible de conclure que la loi qui autorise

ces règlements « ne contient aucune délégation du pouvoir législatif à l'Exécutif, mais l'attribution à celui-ci d'une compétence propre, ou, mieux, l'élargissement de sa compétence normale en matière réglementaire »⁶⁹⁹. De la sorte, toute idée de délégation étant exclue, les lois autorisant des règlements *contra legem* ne sont pas concernées par les articles 76 et 77 de la Constitution.

D'autre part, la doctrine considère de façon générale que la réserve de loi constitue une limite pour le règlement délégué. Celui-ci ne peut opérer dans le champ des matières réservées à la loi. En réalité, une distinction s'impose entre réserve relative et réserve absolue. S'agissant de cette dernière, la quasi-totalité des auteurs exclut la possibilité d'intervention dans le champ couvert par ce type de réserve⁷⁰⁰. À l'inverse, dans les matières couvertes par une réserve relative de loi, la délégalisation serait concevable. Ceci se comprend dans la mesure où la réserve relative laisse une place au pouvoir réglementaire, tandis que la réserve absolue interdit toute intervention autre que législative. Les règlements étant avant tout des actes réglementaires, il est logique qu'ils ne bénéficient que de l'espace que la Constitution ne leur interdit pas d'occuper. La réserve de loi constitue une limite à l'intervention du règlement délégué, parce qu'elle représente une limite à l'édition d'actes réglementaires. Le règlement délégué ne possède aucune spécificité par rapport aux autres règlements, pour ce qui concerne la réserve de loi; il en subit également les contraintes et ne peut empiéter sur le domaine de compétence législative. On peut ainsi considérer que si le règlement délégué traduit un élargissement de la compétence réglementaire, c'est seulement vis-à-vis des dispositions législatives excédant la compétence parlementaire obligatoire. L'élargissement ne s'effectue en aucun cas au détriment de la réserve de loi, mais en dehors de celle-ci. La délégalisation n'est susceptible de concerner que la réserve formelle de loi, c'est-à-dire celle résultant seulement de l'intervention législative, et non de la Constitution. Elle a pour unique effet de transférer à l'Exécutif des secteurs légiférés, mais non couverts par une réserve de loi, ce qui est concevable, compte tenu de l'inexistence, dans cet ordonnancement, d'une réserve réglementaire. C'est ce résultat auquel était arrivé le professeur Lavagna.

Distinguant entre « matières législatives », réservées à la loi par la Constitution et « matières légiférées », où la loi est effectivement intervenue, il considère la place possible de la délégalisation. Trois types de situations peuvent être envisagées. Il peut exister des matières législatives non légiférées ou au contraire des matières légiférées, mais non législatives. Et la plupart du temps, matières législatives et légiférées correspondent. C'est seulement dans la deuxième hypothèse que peut intervenir valablement une procédure de délégalisation⁷⁰¹. Cette distinction met en relief le fait que la délégalisation concerne seulement l'excédent de législation, une fois satisfaite la réserve de loi. Elle s'exerce donc « en profondeur », affectant la « sur légifération ».

694 G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, EGES, Turin, 1984, p. 211.

695 *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie (contribution à l'étude de la loi en droit italien)*, thèse, Université de Toulon et du Var, dactylographiée, 1991, p....

696 G. ZANOBINI, « La potestà... », *op. cit.*, p. 559.

697 Et ce nonobstant les célèbres tentatives doctrinales pour rattacher ces actes à la catégorie d'actes ayant force de loi au sens de l'article 134 de la Constitution, ce qu'à toujours réfuté la Cour constitutionnelle. Voir notamment, en faveur de ce rattachement, C. MORTATI, « Contenuto e forma nella qualificazione... », *op. cit.*, p. 13 et s.

698 Même si ce point, acquis en droit positif, est parfois contesté en doctrine. Par exemple, pour G. LANDI et G. POTENZA, « Le successive modificazioni del regolamento delegato

dovrebbero essere riservati alla legge » (Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milan, 1990, 9^e édition, p. 51, note 60).

699 G. ZANOBINI, *ibid.*

700 Cf. par exemple, P. BARILE, *Istituzioni...*, *op. cit.*, p. 370; V. CRISAFULLI, *Regioni...*, *op. cit.*, p. 132. Voir cependant en sens contraire, l'opinion de P. VIRGA, citée par S. MERZ dans son article, « Osservazioni... », p. 1390, note 110, confirmée semble-t-il par deux décisions de la Cour de cassation.

701 « La delegificazione, possibilità, forme e contenuti », in *studi per il XX^e anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. 4, Florence, 1963, p. 321 (cité par G. DEMURO, « Tecniche e strumenti utilizzati per attuare la delegificazione », contribution au colloque sur les actes normatifs secondaires du Gouvernement, Florence, 28-29 juin 1991, p. 19, note 41).

C'est en ce sens que cette technique paraît apte à résoudre, au moins en partie, les problèmes d'excès législatifs, propres au système italien. Elle permet, en pleine compatibilité avec la Constitution, de rendre au Parlement la possibilité de statuer sur l'essentiel, restituant à l'Exécutif la réglementation de détail dont s'était emparé le législateur.

La nécessité de tenir compte de la réserve de loi lors de l'institution de règlements délégués transparaît à travers le paragraphe 2 de l'article 17 de la loi 400. En premier lieu, il prévoit que les règlements délégués ne pourront intervenir dans des matières couvertes par une réserve absolue de loi. Comme le souligne S. Labriola⁷⁰², une telle limite paraît évidente, voire tautologique compte tenu des prescriptions doctrinales relatives à l'interdiction de toute délégalisation de ces matières, mais elle introduit en même temps un élément d'incertitude, compte tenu des difficultés pour cerner le champ couvert par ce type de réserve⁷⁰³. En second lieu, si la loi n'interdit pas la possibilité de délégalisation dans les matières couvertes par une réserve relative de loi, elle prévoit implicitement le respect de cette réserve. En effet, il est établi que le texte législatif autorisant le règlement délégué devra déterminer les « normes générales régulatrices de la matière ». Déjà, la doctrine avait mis en évidence que la loi servant de base à ce type de règlement devait au moins respecter les prescriptions de l'article 76, c'est-à-dire définir les principes et les critères d'orientation susceptibles de s'imposer à l'Exécutif dans le cadre de son pouvoir normatif, au motif que sinon, le règlement délégué serait une manière de contourner les exigences de cette disposition en matière de décret-législatif⁷⁰⁴. En réalité, il paraît certain que l'obligation de fixer les « normes générales régulatrices de la matière » est plus large que la simple détermination des « principes et des critères d'orientation »⁷⁰⁵. L'article 76 permet à l'Exécutif, moyennant certaines conditions, dont la définition d'éléments susceptibles d'encadrer de façon minimale l'édition des décrets législatifs, d'éviter les impératifs de la réserve de loi, puisque, s'agissant d'une législation d'urgence, c'est le gouvernement qui se substitue au Parlement. Au contraire, on a vu que le règlement délégué ne pouvait s'affranchir de la réserve de loi, parce que justement, il ne s'agit pas d'un phénomène de délégation législative. Il est donc logique que la loi délégalisatrice satisfasse aux exigences de la réserve relative, en établissant une régulation correspondant au champ de compétences constitutionnelles. D'où il en résulte que la loi autorisant le règlement délégué devra nécessairement être plus développée et plus précise que celle permettant la prise de décrets législatifs : ces derniers interviennent sur des matières réservées, alors que les règlements délégués en sont exclus. Ainsi, le règlement délégué ne peut en aucun cas être considéré comme une norme primaire, puisque la loi qui le fonde est assujettie à la réserve de loi, la loi devant en conséquence configurer les capacités de décision de l'Exécutif.

702 *Il governo della Repubblica. Organi e poteri*, Maggioli, Rimini, 1989, p. 197. Le professeur CERRONE conteste aussi l'utilisation de cette notion par le législateur, considérant qu'elle présuppose la validité de la distinction entre réserves absolue et relative qui est aujourd'hui largement contestée par la doctrine (*La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Giappichelli, Turin, 1991, p. 233).

703 En ce sens, G. LANDI et G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 51, note 60 ; G. DEMURO, « Tecniche e strumenti... », op. cit., p. 20.

704 Ce que souligne S. LABRIOLA, in *Il governo della Repubblica*, op. cit., p. 198 et in « Compressione e deviazione, non ampliamento, dei poteri normativi dell'esecutivo in Italia », *Quaderni costituzionali* 1990, n° 1, p. 104.

705 Cf. F. CERRONE, *La potestà regolamentare...*, op. cit., p. 232.

Enfin, s'agissant de la justification théorique de la possibilité réglementaire de déroger à des normes législatives, la loi 400 retient l'idée de « l'abrogation différée ». C'est la loi, support du règlement délégué qui opère elle-même l'abrogation de la législation précédente. Mais, l'entrée en vigueur de cette abrogation est différée jusqu'à l'édition des normes réglementaires prévues pour se substituer aux anciennes lois. Ce n'est donc pas le règlement qui opère l'abrogation, mais c'est lui qui la provoque, en tant qu'il constitue le terme fixé par la loi pour la cessation des effets juridiques de la réglementation précédente. Une fois les actes réglementaires édictés, la loi qui les fonde devient exécutoire, provoquant immédiatement la sortie de vigueur des textes anciens. De la sorte, est tourné le reproche selon lequel le législateur aurait disposé de la force législative.

Néanmoins, ce choix du législateur de 1988 a parfois été critiqué⁷⁰⁶. Il a ainsi été remarqué que la théorie de l'abrogation différée aboutissait à transférer à l'Exécutif le pouvoir de disposer discrétionnairement de l'efficacité de la source législative, en déterminant la date d'édition des règlements, et du même coup, la date d'abrogation de la loi antérieure⁷⁰⁷. En dernier ressort, le maintien en vigueur d'un texte législatif dépendrait uniquement de la volonté gouvernementale, ce qui serait contraire aux principes constitutionnels.

Pour remédier à cet état de fait, il a été proposé de considérer que dans toutes les matières où la Constitution n'institue pas la compétence législative, le Parlement disposait du pouvoir de décider de l'organe compétent pour y établir une régulation. Cette décision pouvait prendre la forme de règles de compétence, et alors le législateur se contente d'une simple intervention formelle, renvoyant à l'Exécutif l'édition de règles de fond ; ou alors, le législateur peut édicter lui-même cette réglementation. En tout état de cause, le Parlement a la possibilité de modifier à tout moment ces règles de compétence et peut ainsi décider que ce qu'il avait directement régulé, posant en conséquence des règles de compétences implicites, du fait du principe de hiérarchie normative, relevait désormais de l'Exécutif. Il modifie le titulaire de la compétence, hors des matières réservées, en transférant au gouvernement un secteur normatif, antérieurement légiféré, opérant une sorte de déclassement⁷⁰⁸. La place respective de la loi et du règlement n'est pas modifiée, et il n'existe aucune « transmutation » du règlement aux lois ou vice-versa : les lois votées ne perdent pas leur caractère législatif et peuvent par exemple faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par voie de question préjudicielle, sans être justiciable du juge ordinaire, puisque c'est la matière qui fait l'objet du déclassement et que sont seulement abrogées *pro futuro* par l'effet de la loi autorisant le règlement délégué, les normes implicites de compétence législative, résultant de l'intervention législative. L'ancienne législation conserve sa valeur, mais le domaine sur lequel elle intervient devient un espace ouvert au règlement.

Cette dernière théorie intercale entre la législation préexistante et le règlement à venir, la capacité discrétionnaire de décision du Parlement, hors des matières réservées à la loi. Disposant de ce pouvoir, le législateur peut à tout moment modifier « l'aiguillage » réalisé antérieurement et renvoyer à l'Exécutif ce qu'il s'était approprié.

706 G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale...*, op. cit., p. 212.

707 On remarque combien ces arguments sont proches de ceux invoqués en France pour justifier ou pour contredire la loi du 17 août 1948.

708 Cf. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, op. cit., p. 133.

[I 12] Pourtant, nonobstant cette médiation, cette théorie ressemble bien à un artifice, invoqué pour légitimer la possibilité de règlement *contra legem*, puisqu'en dernière instance, c'est bien de la possibilité de modifier par voie décrétales des dispositions législatives dont il s'agit⁷⁰⁹. En réalité, il paraît difficile, comme l'a montré l'exemple français des III^e et IV^e Républiques, de donner une explication totalement satisfaisante de ce type de règlement. Il est vrai que celui-ci correspond à une nécessité pratique, compte tenu du risque de blocage résultant de l'inflation législative.

Le règlement délégué, tel qu'institué par la loi 400, apparaît finalement comme une modalité du règlement : il se doit de respecter strictement les réserves de loi⁷¹⁰, et est pris en exécution de la loi qui vient l'autoriser à déroger à la législation antérieure. Ce faisant, sa portée est beaucoup plus limitée qu'il ne pourrait paraître dans un premier temps, et il n'est en rien comparable à la législation d'urgence⁷¹¹. Cependant, c'est là que réside son véritable intérêt compte tenu de la situation normative propre à l'Italie. On a vu en effet que le phénomène du « surlégifération » concerne la trop grande propension du législateur à entrer dans le détail et à excéder le cadre de la compétence législative obligatoire. La délégalisation permet la récupération, par l'Exécutif, sur l'autorisation du législateur, des secteurs occupés par l'excès de compétence législative⁷¹². Cette coïncidence exacte entre le champ du règlement délégué et la nécessité de la situation normative, fait de ce règlement l'instrument idéal de toute entreprise de « respiration » des sources normatives en Italie.

Le règlement délégué, comme d'ailleurs le règlement indépendant, tend à élargir les capacités d'action de l'Exécutif en ouvrant des espaces à la réglementation gouvernementale. Il s'agit de mettre en place des procédures susceptibles d'éviter le blocage d'un système institutionnel entièrement fondé sur la place prééminente de la loi. Celle-ci doit retrouver la place qu'elle n'aurait pas dû abandonner en se dessaisissant sur l'Exécutif de la compétence obligatoire que lui confère la Constitution, et doit au contraire se restreindre pour éviter la réglementation de détail qui par nature relève plus du pouvoir réglementaire.

Pourtant, ces deux instruments souffrent d'un handicap profond. Le texte qui les institue constitue une simple loi, et peut donc être remis en cause à tout moment par une autre loi postérieure. Ceci est particulièrement net pour la procédure de délégalisation. L'ouverture d'un espace au profit du règlement n'est pas intangible, si bien qu'un phénomène de « relégification » est tout à fait concevable. Ceci n'est pas purement hypothétique, puisque il y a fort à parier que les raisons politiques ayant présidé au débordement de la compétence législative

pousseront encore à annuler les effets d'une éventuelle délégalisation. L'efficacité du mécanisme repose sur une capacité de « *self restraint* » du législateur.

Devant le scepticisme développé sur les possibilités d'autolimitation du législateur, il a été proposé de modifier l'article 17 paragraphe 2 de la loi 400, afin d'assurer l'intégrité de l'espace dévolu au pouvoir réglementaire. La nouvelle rédaction de cette disposition, proposée par la Comité de consultation et d'études pour la délégalisation, consisterait à admettre que les lois ultérieures à une délégalisation qui viendraient mettre en œuvre les dispositions générales destinées à s'imposer au règlement délégué, pourraient être modifiées par des dispositions réglementaires, dans la mesure où elles n'auraient pas exclu cette possibilité⁷¹³. Serait instituée une présomption de délégalisation venant frapper toute norme intervenant dans un espace délégalisé.

Enfin, s'agissant du règlement indépendant, la notion même de matière « où manque une régulation législative » est à la merci de l'intervention législative. L'ampleur de l'espace ouvert à ce règlement dépend directement de la volonté législative, la loi pouvant discrétionnairement venir contredire la régulation réglementaire.

Ceci explique que certains aient prôné une constitutionnalisation du règlement indépendant. Tel est le cas de la Commission bicamérale pour les réformes institutionnelles⁷¹⁴, dans son rapport présenté le 29 janvier 1985⁷¹⁵. Au titre des réformes constitutionnelles, il est proposé d'instituer une réserve de règlement.

Tel est le cas du projet de loi constitutionnelle n° 4887, approuvé par le Sénat le 7 juin 1990 et proposant d'ajouter un article 95 bis, aux termes duquel « le Gouvernement exerce le pouvoir réglementaire dans les matières non réservées par la Constitution à la loi ». Ce projet s'inspire clairement de la Constitution française, en attribuant toutes les matières ne relevant pas de la loi en vertu du texte fondamental, à l'Exécutif. L'objet est d'empêcher la loi de réduire le champ réglementaire et de s'évader ainsi de l'espace délimité par les réserves de loi. Toutefois, cette proposition ne met en place aucune procédure particulière visant à permettre à l'Exécutif de défendre le domaine de compétence normative qui lui est ouvert. Ce serait donc vraisemblablement à la Cour constitutionnelle de tirer les conséquences de la dépossession du législateur du pouvoir de décider l'autorité compétente pour opérer une régulation en dehors des matières réservées. Par contre, cette proposition prévoit une disposition particulière permettant à la Cour des comptes, à l'occasion du contrôle préventif de légalité exercé par cet organe, de soumettre à la Cour constitutionnelle, la question de l'éventuelle violation de la réserve de loi par l'acte réglementaire qu'elle examine.

Reste que même constitutionnalisé, le champ ouvert au règlement ne peut concerner que des dispositions secondaires, compte tenu de l'importance et du nombre de réserves de loi dans la Constitution.

On voit finalement à quel point la réserve de loi occupe une place centrale dans l'ordonnancement italien. Néanmoins, elle n'a pas permis, à elle seule,

709 Cf. P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padoue, 2^e ed., 1975, p. 278.

710 Ainsi d'ailleurs que la compétence régionale ou provinciale, la Cour constitutionnelle ayant considéré que le mécanisme de délégalisation de l'article 17 de la loi 400 ne pouvait être utilisé au détriment de lois régionales, s'agissant de sources de nature différentes, entre lesquels existe un rapport de compétence et non de hiérarchie (Décision 482 du 7 novembre 1995, *Giuris. cos.* 1996, p. 4095).

711 Et par exemple, il se distingue nettement de la procédure de l'article 76 de la Constitution italienne ou de l'article 38 de la Constitution française, qui autorisent quant à eux l'Exécutif à intervenir sur des matières réservées.

712 Le terme d'excès devant être entendu, non dans un sens juridique (considérant l'inexistence d'une réserve réglementaire), mais dans une acception politique de bonne répartition des facultés normatives.

713 « *Successive disposizioni legislative ugualmente attuative di tali norme generali saranno immutabili ed inderogabili da ulteriori disposizioni regolamentari, solo in quanto vengano legislativamente dichiarate tali in modo expreso* ». Voir le Rapport final de ce Comité, publié in *Giuris. cos.* 1990, p. 1945-1980.

714 Dite « commission BOZZI », du nom de son président.

715 Les propositions de cette commission sont rapportées in *Giuris. cos.* 1991, n° 5, p. 3362.

d'éviter la « crise de la loi » qui affecte de plein fouet le système normatif. C'est dire que si la situation juridique italienne se distingue, par le fait de la consécration de ces réserves de loi, de celle présidant les III^e et IV^e Républiques française (où il n'existait que très peu de matières réservées à la loi, de toute façon non sanctionnées par un juge constitutionnel), les symptômes de crise sont comparables : démission de la loi de son rôle institutionnel ; utilisation exagérée de la législation d'urgence ; trop grandes précisions de textes législatifs.

Ceci montre que la réserve de loi a été impuissante à combattre ces difficultés. En effet, si elle prescrit une utilisation effective de la compétence législative, ce n'est qu'à partir du moment où le législateur a débuté la régulation d'une matière réservée. Mais elle n'implique pas une obligation d'agir par le législateur, qui peut donc s'abstenir de décider sur les grands choix politiques, et n'interdit pas l'intervention parlementaire hors de son champ. Au contraire, en augmentant le substrat normatif, elle implique la nécessité de rechercher une plus large majorité, le Parlement ne pouvant renvoyer librement les points sur lesquels une majorité ne peut se dégager. Ainsi, les probabilités qu'une majorité se crée autour d'un texte dont le contenu doit être assez étendu pour satisfaire à la réserve, sont amoindris, le Parlement hésitant alors à discuter d'un projet sans issue. En prônant le « tout ou rien » la réserve de loi encourage la carence de décision législative dans les secteurs pourtant cruciaux qu'elle couvre.

Ce n'est donc pas pour rien que certains se tournent vers le système français des sources.

Elaborée depuis le début de ce siècle, la réserve de loi a évolué sous la pression des impératifs sociaux. Elle tend désormais à devenir une norme constitutionnelle, dirigée avant tout contre le législateur, pour la protection des minorités politiques.

Néanmoins, si le principe de son application ne pose plus problème, comme le montrent les exemples italien et espagnol, il en va autrement quant à la définition de ses conséquences vis-à-vis du pouvoir réglementaire. En particulier, la question se pose en dehors des matières réservées, de savoir s'il peut exister un pouvoir réglementaire *praeter legem*. Autrement dit, la non attribution par la Constitution d'un espace déterminé au législateur, a-t-elle pour conséquence d'autoriser la régulation réglementaire, étant bien entendu que la loi peut toujours s'évader du strict cadre des réserves de loi, puisqu'aucune réserve réglementaire n'existe ? On aboutirait à une compétence concurrente du législateur et de l'Exécutif pour la régulation des matières non réservées, sachant toutefois que l'intervention réglementaire est à la merci d'une intervention législative qui s'imposera à elle en vertu du principe de supériorité hiérarchique de la loi sur le règlement.

C'est cette idée qu'a expressément consacrée le Tribunal constitutionnel portugais, contrairement à ses homologues italien ou espagnol, dans une décision du 7 septembre 1985. Aux termes de celle-ci, « il faut reconnaître que le gouvernement dispose d'une compétence législative "parallèle" à celle du Parlement, laquelle ne s'arrête pas à une sphère de matières limitativement énumérées, mais s'étend plutôt, conjointement à la compétence de ce dernier, à tous les domaines susceptibles d'une intervention normative ou la nécessitant, à l'exception de ceux réservés justement à l'Assemblée de la République. En d'autres termes, le cadre offert par notre Constitution n'est pas celui d'une compétence législative parlementaire limitée par la possibilité d'intervention du gouvernement dans certaines matières, mais plutôt celui d'une compétence

législative concurrentielle des deux organes limitée par la réserve parlementaire" 716.

La question de la compétence de régulation hors des réserves de loi nous amène directement à l'interrogation sur la transposabilité de cette notion à l'ordonnancement français, l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, renvoyant à la régulation réglementaire l'ensemble des matières non réservées à la loi.

716 Arrêt n° 142/85. Rapporté par M. LOBO ANTUNES, « Les rapports entre les pouvoirs publics », in *La justice constitutionnelle au Portugal*, AA. VV., Economica, collection Droit public positif, Paris, 1989.

DEUXIÈME PARTIE

**LA TRANSPOSABILITÉ
DE LA RÉSERVE DE LOI
EN DROIT FRANÇAIS**

Alors que les ordonnancements juridiques italien, espagnol ou allemand se caractérisent par une brusque réaction institutionnelle face à des régimes politiques qui, à des degrés différents, se sont caractérisés par le rejet des principes démocratiques et le mépris des droits fondamentaux, le droit public français présente une assez grande continuité, au moins depuis la Révolution, malgré les bouleversements historiques ou les changements de régime. La conception française de la loi n'échappe pas à cette remarque. Depuis 1789, et jusqu'à nos jours, il a été admis que la loi était l'acte manifestant la volonté générale. En tant que telle, elle devait posséder une pleine souveraineté, et ne souffrir d'aucune limitation, fût-elle constitutionnelle. En particulier, son domaine était illimité, tandis qu'elle possédait le pouvoir de fixer le champ d'intervention des normes réglementaires.

C'est cette conception de la loi qui était inconciliable avec toute attribution d'un domaine matériel au législateur. En effet, ce dernier détenait une entière liberté pour déterminer son emprise et corrélativement, celle du pouvoir réglementaire, si bien qu'il disposait sans limite de sa compétence. Il lui était alors possible de renvoyer à tout moment la régulation d'une matière à l'Exécutif, ou au contraire de décider d'établir lui-même les normes sur celle-ci, sachant que de toute façon, chaque attribution de compétence au pouvoir réglementaire était précaire et révocable.

La Constitution de 1958 se devait de faire évoluer ces rapports entre la loi et le règlement.

En effet, la situation antérieure à 1958 s'était caractérisée, à partir des années 30, par un phénomène de « crise de la loi », où un Parlement paralysé se déchargeait de plus en plus de sa fonction légiférante sur l'Exécutif, pour ne se consacrer qu'à des questions d'ordre secondaire¹, participant de la sorte à la paralysie de l'appareil étatique.

C'est cette donnée qui permet d'expliquer l'intégration à la Constitution de matières réservées à la loi par les Constituants de 1958. Cette consécration de ce que le Conseil constitutionnel devait, à l'instar des autres Cours constitutionnelles européennes, ériger en véritable réserve de loi, représentait, dans le contexte du droit public français, une sorte de révolution juridique. Ces

¹ Et à cet égard, la situation actuelle de l'Italie comporterait de nombreux points de comparaison avec le cas français sous les régimes antérieurs à 1958 (on retrouve dans ce pays les mêmes symptômes juridico-sociologiques que ceux présidant à l'analyse du système normatif français sous les III^e et IV^e Républiques). Mais certaines données juridiques sont dissemblables. Ainsi, la Constitution italienne prévoit expressément deux mécanismes de législation gouvernementale, tandis que les constitutions françaises n'en ont établi un qu'avec le texte de la V^e République ; d'autre part, l'existence effective de réserves de loi, sanctionnées par le juge constitutionnel, vient accroître les difficultés d'une prise de décision législative, dans le contexte de la « partitocratie », puisque la loi doit nécessairement, pour ne pas être invalidée, être suffisamment complète pour réguler l'intégralité de la matière réservée. Au contraire, la France des III^e et IV^e Républiques ne connaissant pas de véritables réserves de loi, le législateur pouvait se contenter de voter les éléments sur lesquels se dégageait une majorité et de renvoyer les autres à l'Exécutif, sans avoir à se préoccuper de l'exercice complet de la compétence prévue par la Constitution (la loi du « tout ou rien », imposée par la réserve, constituant un obstacle à l'entreprise du vote d'une loi, sachant que du fait de l'éclatement du jeu politique, il serait impossible de trouver une majorité sur l'ensemble des dispositions nécessaires au respect de la réserve).

réserves de loi, incluses au sein de ce qui devait devenir le « bloc de constitutionnalité » impliquent l'impossibilité pour le législateur d'augmenter le champ de la compétence réglementaire, au détriment de sa propre compétence.

Mais, de façon paradoxale, ce n'est pas sur ce point que s'est focalisée la doctrine, lors des premiers commentaires de la Constitution. Contrairement aux autres textes constitutionnels européens, la Constitution de 1958 semble créer une réserve réglementaire, en attribuant à l'Exécutif, l'intégralité des matières non couvertes par une réserve de loi. Ainsi, non contente de définir le domaine de la loi, la Constitution aurait aussi délimité le domaine réglementaire, supprimant toute possibilité d'intervention législative hors des matières réservées à la loi, prévoyant même des procédures aptes à faire respecter cette délimitation. À l'exemple de l'empire germanique, le texte fondateur de la V^e République aurait transformé les relations hiérarchiques entre la loi et le règlement, en relations de compétence, chacune ne pouvant intervenir que sur l'espace que lui a assigné la Constitution. Cette « réserve réglementaire », intégrant parfois des éléments antérieurement reconnus comme appartenant « par nature » à l'Exécutif, limiterait alors le champ d'intervention du législateur.

La réalité du droit positif dément totalement ces prévisions, et il apparaît au contraire que si la loi dispose d'une compétence obligatoire, elle peut valablement s'évader du strict cadre (fort important) délimité par les réserves de loi, pour empiéter sur l'espace réglementaire, l'Exécutif n'étant pas tenu d'exercer pleinement sa compétence.

TITRE 1

LA CONSÉCRATION D'UNE RÉSERVE DE LOI EN DROIT POSITIF

La Constitution de 1958 a souvent été perçue, du point de vue du système normatif, comme une révolution juridique, notamment du fait de la définition d'un domaine réservé à la loi. On verra tout à l'heure la portée de cette innovation, mais il faut d'ores et déjà enregistrer que l'assignation d'un domaine au Parlement est apparue aux premiers commentateurs de la Constitution, comme un élément étranger à la tradition du droit public français.

On ne peut donc comprendre la réalité du droit positif qu'en le replaçant dans le contexte juridique dont il est issu et en référence duquel il se situe nécessairement, soit pour le confirmer, soit pour le réfuter. C'est ce qui implique la recherche de la réserve de loi dans le droit constitutionnel antérieur à 1958.

Chapitre 1

LA SITUATION ANTÉRIEURE À LA CONSTITUTION DE 1958

[Si *a priori* la réserve de loi semble exclue de l'histoire constitutionnelle française depuis l'instauration du régime représentatif, c'est au profit d'une conception théoriquement omnipotente de la loi. Pour autant, l'importance du principe de légalité ne doit pas masquer certaines tentatives d'imposer une véritable réserve de loi, notamment (et ce n'est pas un hasard) dans les années précédant la Constitution du 4 octobre 1958. Cependant, cette réserve souffre du défaut d'une des conditions essentielles à son plein effet : l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois la rend perméable aux interventions législatives.]

Section 1

L'ÉVOLUTION DES CONCEPTIONS FRANÇAISES DE LA RÉSERVE DE LOI

On a pu relever l'importance des données historiques et politiques dans la construction de la théorie de la réserve de loi. Ceci est particulièrement vrai pour l'Allemagne de la fin du siècle dernier, où la réserve apparaît comme l'élément de partage entre les pouvoirs normatifs de l'assemblée et de l'Empereur.

[La situation française est différente, dès l'origine. Partant des thèses de Rousseau, la souveraineté de la loi, expression de la volonté générale, est totale. En conséquence, son champ d'intervention ne saurait être limité au profit de compétences normatives d'un organe non représentatif.]

En témoigne la première Constitution française écrite. L'article 6 de la section 1 du chapitre 4 du titre 3 de la Constitution du 3 septembre 1791 prévoit ainsi 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 ». Les capacités régulatrices du Roi sont alors réduites à la réitération des dispositions législatives, sans pouvoir y ajouter de nouvelles normes. D'ailleurs, si l'article 1^{er} de la section 1 du chapitre 3 du titre 3 énumère un certain nombre de compétences relevant exclusivement du corps législatif, celles-ci ne constituent pas un domaine normatif limité. Preuve en est que ces compétences sont organisées sous forme d'alinéas et que le premier alinéa confère à l'Assemblée nationale le pouvoir de « proposer et décréter les lois ». Les alinéas suivants apparaissent seulement comme des renforts du

pouvoir générique de voter la loi, et non comme l'assignation d'un espace au pouvoir du législateur. Il s'agit de recenser des attributions du pouvoir législatif afin qu'il soit clairement établi que le pouvoir royal en est dépossédé, mais ceci sans préjudice de l'ampleur du champ d'intervention du corps législatif.

La suite de l'histoire constitutionnelle française devait voir consacrer un pouvoir réglementaire au profit de l'Exécutif, centré sur la notion d'exécution des lois², sans que jamais ne soient institués de secteurs normatifs propres, préservés de l'intervention législative. Ainsi, le pouvoir réglementaire de l'Exécutif s'analyse bien comme « une création continue du droit public français »³.

Reste qu'en l'absence de délimitation constitutionnelle entre domaines de la loi et du règlement, l'incertitude s'est fait jour très tôt quant à leur place respective. Notamment, on s'est demandé dès le début du XIX^e siècle, jusqu'à quel point la loi pouvait faire appel au règlement⁴. Cette interrogation devait naturellement se renforcer avec le développement, dans la première moitié du XX^e siècle, de la technique des décrets-lois.

À partir de cette période certains auteurs s'interrogent sur l'opportunité d'instituer une réserve de loi.

[§ 1 - LA DIFFICILE CONCEPTION D'UNE RÉSERVE DE LOI DANS LA TRADITION DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS

C'est par le biais du raisonnement sur l'ampleur et la nature du renvoi législatif au règlement que devait poindre, en France, la question de la réserve de loi. De ce point de vue, une première période se caractérise par des controverses doctrinales traduisant des positions tranchées, tandis que dans un second temps, Carré de Malberg a proposé une explication globale de l'ordonnement juridique, à partir d'une constatation : l'absence de réserve de loi dans la Constitution de 1875.

A. - La controverse sur l'existence d'une réserve de loi

Comme l'écrit M. J. Redor, au début du siècle, « la plupart des administrativistes semblait avoir une grande difficulté à prendre une position claire sur la question de la délimitation entre la loi et le règlement »⁵.

Si le concept de matières législatives apparaît très tôt dans la doctrine⁶, le critère de séparation entre domaine de la loi et du règlement est plus imprécis. Un premier élément de répartition est fondé sur l'effet juridique de la norme.

2 Article 144 de la Constitution de l'An III ; article 44 de la Constitution de l'An VIII ; article 14 de la Charte de 1814, etc...

3 M. MIGNON, « Une création continue du droit public français : le pouvoir réglementaire de l'Exécutif », RA 1950, p. 144.

4 C. DURAND et A. LANZA, *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIX^e siècle*, PUAM, 1976, spécialement p. 62, où il est fait mention de l'intervention de Ganilh devant le Tribunal le 24 ventôse an VIII, qui, contestant un projet de loi ayant pour objet de conférer au Gouvernement la faculté d'accroître le nombre de substituts des tribunaux criminels, énonce « qu'aucune des branches du pouvoir législatif ne peut ni se dépouiller de droit qui lui appartient, ni du devoir que ce droit lui impose. Elle ne peut qu'exercer et non déléguer ses fonctions ».

5 De l'État légal à l'État de Droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914, Economica-PUAM, 1992, p. 143.

6 Ainsi, dès 1821, M. Isambert considérait que « aucun impôt ne peut être établi qu'en vertu d'une loi » et que « le gouvernement ne peut, d'aucune façon, par ses règlements, créer des

F 12

Lorsque celle-ci a un impact sur les citoyens, notamment par l'imposition de certaines obligations, seule la loi peut en être le support ; si, au contraire, il s'agit d'une norme purement interne à l'administration, le règlement peut l'édicter spontanément. Cette doctrine consacre donc un pouvoir réglementaire autonome *ad intra*. Elle résulte principalement des conclusions du commissaire du Gouvernement Romieu sur les arrêts du 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways*⁷ et du 4 mai 1906, *Babin*⁸.

Dans la première espèce, le gouvernement avait créé, par voie décrétole et sans aucune base législative, des organismes qualifiés de « Conseil du travail ». D'après les requérants, il y avait excès de pouvoir, dans la mesure où seule la loi aurait pu instituer de tels organes. Pour le conseiller Romieu, il paraît « difficile de voir sur quel principe de droit public on pourrait se fonder pour refuser au Gouvernement le droit de créer des corps administratifs ». Ces conseils ont en effet pour objet « d'éclairer les autorités administratives sur les mesures à prendre dans la limite de leurs attributions », comme devait le relever le Conseil d'État dans la motivation de sa décision. Outre le rattachement de ces organes à l'administration, ceux-ci ne disposent d'aucun pouvoir de décision, mais d'attributions consultatives. Le commissaire du Gouvernement, suivi par la Haute juridiction administrative, conclut alors que le décret déferé n'ayant imposé aucune obligation à personne, ni porté atteinte à aucun droit ou à aucun intérêt, sa légalité ne peut être remise en cause.

La requête est rejetée parce que le domaine sur lequel est intervenu le décret ne relevait pas, en lui-même, du champ réservé à la loi. S'agissant de la simple création d'un organe administratif, le pouvoir réglementaire était compétent pour y procéder, cette création n'emportant aucune conséquence sur les droits et obligations des citoyens.

Dans la seconde espèce, le conseiller Romieu devait systématiser la distinction précédente en considérant 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 », tandis qu'à l'inverse, c'est « le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers »⁹. En l'espèce, un décret édicté spontanément, sans renvoi législatif, a pu valablement placer un nouveau corps de fonctionnaires sous un régime disciplinaire préexistant.

Par cette jurisprudence, le Conseil d'État admet l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome qui ne peut se développer qu'à l'intérieur de la sphère

peines, ni des amendes, ni porter aucune atteinte à la propriété, ou à la personne des citoyens » (L'ouvrage de Isambert, *Du pouvoir réglementaire ou de la nature et de la force des ordonnances*, Corréard, Paris, nous a été aimablement communiqué par MM. José Hamme et J.-L. Mestre). De même, en 1853, M. D. Dalloz pouvait écrire que « les décrets du Président de la République, ... sont donc sans autorité, s'ils contreviennent à la loi, ou la suppléent dans des matières qui sont uniquement dans les attributions du pouvoir législatif. Autrement, il n'y aurait plus de loi, et il n'y aurait plus qu'un gouvernement despotique » (*Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de doctrine et de jurisprudence*, T. XXX, verbo « Lois », p. 54).

7 *Rec.* p. 132.

8 *Rec.* p. 362 ; *RDP* 1906, p. 680 ; *S* 1908, 3, 110.

9 M. Isambert admettait déjà que « les règlements pour l'organisation intérieure des administrations, pour les traitements des fonctionnaires publics et les pensions sur fonds de retenue, pour les services et l'organisation de l'armée de terre et de mer » font partie du domaine réglementaire (*ibid.* p. 24).

administrative. En ce sens, elle présage la solution de l'arrêt du 7 février 1936, *Jamart*¹⁰, qui reconnaît aux ministres un pouvoir réglementaire *praeter legem* pour l'organisation et le fonctionnement des services placés sous leur autorité.

Maurice Hauriou énonce une conception voisine de celle de Romieu, proclamant que « doit être matière de loi toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation importante pour la garantie d'une liberté »¹¹, et considérant d'autre part que le règlement a « un objet propre qui est d'assurer le fonctionnement de l'administration » ou de « créer des organisations publiques »¹². Toute restriction à la liberté, c'est-à-dire toute imposition de charges ou d'obligations nouvelles au détriment des citoyens, ne peut qu'émaner de l'organe représentatif que constitue le Parlement.

Selon cette conception de la délimitation entre la loi et le règlement, le domaine législatif est extrêmement étendu puisque l'intervention réglementaire ne concerne que la régulation interne à l'administration, relative à ses agents, ou aux rapports avec les personnes qui viendraient à se placer dans une situation particulière vis-à-vis d'elle. Toutefois, ceci ne concerne que l'édiction des règlements spontanés. En effet, il est admis qu'une fois la loi intervenue, le règlement peut toujours venir la compléter. Autrement dit, même dans les matières réservées à la loi, celle-ci peut librement renoncer à tout ou partie de sa compétence et faire appel au pouvoir réglementaire pour régir le restant. C'est ce qu'exprime Romieu lorsqu'il écrit que, dans les matières réservées à la loi, « le législateur peut évidemment ..., déléguer ses pouvoirs à d'autres autorités et les investir du droit de réglementer en ces matières à son lieu et place »¹³. Cette notion de matière réservée à la loi n'impose pas une régulation législative minimum, mais garantit seulement que l'intervention réglementaire devra se fonder sur une loi préexistante.

On retrouve, à cet endroit, l'opposition, consacrée par la doctrine allemande, entre les règlements juridiques qui, en tant qu'ils modifient l'ordonnement juridique général, nécessitent une délégation spéciale de la loi¹⁴, et les règlements administratifs. Ces derniers ne contiennent pas de normes juridiques puisque, ayant seulement des effets sur les personnes intégrées à l'organisation administrative, ils ne modifient pas l'ordonnement général ; en foi de quoi, ils n'impliquent pas une intervention législative préalable¹⁵. De la même façon, comme en Allemagne à cette époque, la notion de matières réservées à la loi ne suppose pas une compétence législative minimum, le législateur pouvant toujours renvoyer au pouvoir réglementaire librement.

D'autre part, il va de soi que la loi n'est pas exclue du secteur du règlement spontané. C'est dire que l'espace normatif dans lequel peut se développer ce règlement ne lui est pas réservé¹⁶. Il s'agit d'une simple faculté que l'Exécutif ne peut mettre en œuvre qu'en l'absence de loi.

10 *Rec.* p. 172 ; *GAJA*, n° 56.

11 *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^e éd., Paris, Sirey, 1907, p. 297.

12 *Op. cit.*, p. 298, note 2 et p. 307.

13 Conclusions précitées sur CE, 4 mai 1906.

14 Cf. P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Giard et Brière, Paris, 1901, T. 1, p. 395.

15 *Ibid.*, T. 1, p. 546. Sur l'influence de la théorie allemande du pouvoir réglementaire sur la doctrine dégagée par Romieu, voir S. MUNOZ MACHADO, « sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español », *RAP* 1975, n° 77, p. 149, note 18.

16 C'est ce que constate le commissaire du Gouvernement Romieu, qui, après avoir énoncé la compétence générale du pouvoir exécutif pour tout ce qui concerne la réglementation du

F12

Au total, on peut considérer que cette doctrine, plus qu'elle ne consacre une véritable réserve de loi (faute d'imposer au législateur sa propre compétence), établit plutôt une limite au principe de légalité, entendu comme l'exigence d'une loi préalable à toute régulation administrative. Cette limite permet de consacrer un pouvoir réglementaire autonome en matière d'organisation administrative.

Le débat quant à l'existence d'une réserve de loi devait véritablement s'instaurer à propos de la qualification juridique des renvois législatifs au règlement, et particulièrement de la question du règlement d'administration publique (RAP).

La première théorie consiste à opposer les RAP aux règlements ordinaires pris spontanément pour l'exécution de la loi¹⁷. Tandis que ceux-ci se bornent à mettre en œuvre la loi, ceux-là « la complètent et interviennent dans le domaine législatif »¹⁸.

Pour ces auteurs, le renvoi législatif s'analyse en une délégation législative, dans la mesure où il autorise le pouvoir exécutif à excéder les limites qui seraient les siennes en son absence, lui permettant notamment de réguler des objets réservés à la loi. On retrouve, par ce biais, la question de la réserve de loi : selon cette doctrine, seule une délégation législative peut autoriser l'Exécutif à régir des matières réservées à l'organe législatif. Ainsi, d'après Aucoc, « les règlements d'administration publique sont faits en vertu d'une délégation spéciale. Dans ce dernier cas, le chef de l'État a plus de pouvoir qu'il n'en aurait en vertu de l'article 3 de la loi de février 1875. Il peut, par exemple, si la délégation lui en a été faite, établir le tarif d'un impôt, et même des pénalités »¹⁹. Ceci signifie *a contrario* que le législateur est seul compétent dans ces matières, en l'absence de tout renvoi législatif. A. Batbie vient à son tour renforcer cette opinion en énonçant que s'il « est un principe incontesté, c'est que l'impôt même le plus léger, ne peut être établi que par une loi, et qu'une taxe imposée par décret serait illégale. Il est de règle aussi qu'une peine, même pécuniaire, ne peut être établie que par une loi. Mais la taxe ou l'amende serait légalement exigée si le décret l'avait fixée en vertu d'une délégation d'une loi »²⁰.

Ainsi, semble se dégager l'idée que certaines matières (centrées sur les secteurs originaires de la réserve : la réserve fiscale et la réserve pénale) sont réservées à la loi, et que si le règlement peut s'en saisir, c'est parce que la loi renonce provisoirement à la compétence qui est la sienne et délègue ses pouvoirs à l'Exécutif. C'est l'idée d'un domaine propre au pouvoir législatif qui implique que la seule possibilité d'intervention de l'Exécutif dans ce cas réside dans une délégation du pouvoir législatif.

Partant de la même prémisse, Berthélemy en arrive à des conclusions opposées²¹. Selon lui, « un article de loi chargeant le Président de prendre, dans un règlement d'administration publique, des mesures d'ordre législatif serait inconstitutionnel »²². C'est dire qu'il ne faut pas voir dans les appels de la loi

au règlement « une délégation élargissant les pouvoirs ordinaires du Président de la République ». En conséquence, « il ne paraît plus possible de soutenir que les règlements d'administration publique sont une "législation secondaire", qu'ils peuvent notamment édicter des peines, ou établir des taxes, ou créer des juridictions ». Parce que ces matières sont réservées constitutionnellement à la loi, l'organe législatif ne peut déléguer au profit du pouvoir réglementaire le droit de les réguler. Les actes réglementaires d'exécution de la loi possèdent le même champ d'intervention qu'ils soient ou non édictés en vertu d'un renvoi législatif. Ceci procède de l'existence concomitante de matières réservées à la loi et de l'interdiction constitutionnelle, pour un organe, de déléguer un pouvoir qui lui est attribué.

Pour appuyer son raisonnement, Berthélemy tente de démontrer que jamais les lois n'ont conféré au gouvernement le droit d'établir des pénalités, ni d'établir des taxes, ni de créer de juridictions, concluant que « tout cela se ramène à cette seule formule : jamais les lois n'ont donné au chef du pouvoir exécutif le droit de prendre par des RAP, des mesures qui rentrent exclusivement dans la compétence du législateur »²³.

Toute l'analyse de cet auteur repose explicitement sur l'existence d'une réserve de loi, au moins étendue aux trois matières qu'il énumère. Il déduit de là l'impossibilité d'élargir l'espace ouvert au règlement par des renvois législatifs, et donc l'unité du pouvoir réglementaire²⁴.

Auteur d'une troisième analyse sur la qualification des renvois législatifs, Félix Moreau considère « qu'il paraît impossible de repousser l'idée d'une délégation législative »²⁵. Toutefois, la justification qu'il en donne diffère totalement de celle avancée par Batbie et Aucoc.

Partant de l'article 1^{er} de la loi du 25 février 1875, aux termes duquel « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées », F. Moreau énonce qu'il « s'opposerait à toute loi qui autoriserait le chef de l'État à exercer une attribution donnée au Parlement », si et seulement si il existait une « liste officielle des matières législatives »²⁶. En l'absence de répartition constitutionnelle entre la loi et le règlement, c'est à la loi qu'il revient d'opérer la classification entre les compétences respectives. Ce faisant, elle effectue les délégations nécessaires à cette opération. Celles-ci s'opèrent « car la loi s'est emparée du sujet, elle l'a réglé en partie, et, pour le surplus, a confié sa mission au règlement »²⁷.

Dans ce cadre, c'est l'inexistence d'une réserve de loi qui justifie la qualification des renvois comme une délégation législative. C'est parce que le droit constitutionnel en vigueur ne détermine pas le domaine de la loi que les

statut des agents administratifs, reconnaît qu'il « est bien vrai que le législateur est intervenu à diverses reprises en cette matière » - conclusions précitées sur CE 4 mai 1906 -.

17 Cf. J. REDOR, *op. cit.*, p. 136 et 137.

18 *Ibid.*, p. 137.

19 L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, Paris, 3^e éd., T. I, p. 124.

20 A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Larose et Forcel, Paris, T. 3, p. 69. Les citations de ces deux auteurs sont extraites de H. BERTHELEMY, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *RPP* 1898, p. 8.

21 « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *op. cit.*

22 *Ibid.*, p. 324.

23 *Ibid.*, p. 332. Cette analyse du droit positif a une vertu légitimatrice : elle permet de pallier l'inexistence d'un contrôle de constitutionnalité des lois qu'impliquerait pourtant la sanction de l'interdiction de déléguer - comme le reconnaît Berthélemy lui-même : *ibid.*, p. 324 - . En effet, s'il est prouvé que les lois ne rétrocedent jamais leur compétence propre, leur correction juridique n'a pas à être remise en cause par la voie du contrôle de constitutionnalité.

24 On verra qu'aujourd'hui encore, la dialectique entre la théorie de Berthélemy et celle précédemment exposée est d'actualité, relativement à ce problème de l'unité du pouvoir réglementaire. Notamment, la question se pose de savoir si les renvois législatifs peuvent autoriser, comme semble le considérer parfois le Conseil d'État, le gouvernement à réguler des matières pourtant réservées à la loi par la Constitution actuelle.

25 *Le règlement administratif*, Fontemoing, Paris, 1902, p. 193.

26 *Ibid.*, p. 194.

27 *Ibid.*, p. 195.

renvois au règlement peuvent librement être édictés, constituant ainsi un plus ou moins grand espace au profit de l'Exécutif.

Finalement, on constate que l'idée de réserve de loi est sous-jacente à l'interprétation des renvois législatifs. La virulente controverse sur la notion même de délégation législative est conditionnée par la réponse préalable à l'interrogation sur cette institution.

Comme l'explique M. J. Redor²⁸, deux tendances contradictoires expliquent l'absence de position claire de la doctrine sur l'existence d'un domaine par nature législatif : d'une part, la tradition semble réserver à la loi la création des peines, des impôts et des nouvelles juridictions ; d'autre part, le droit positif tend à élargir la compétence réglementaire.

C'est justement l'étude du droit positif que Carré de Malberg prétend synthétiser dans sa description de l'état des relations entre la loi et le règlement.

B. - La doctrine de Carré de Malberg

Les idées du grand juriste quant aux relations entre la loi et le règlement s'expriment dans ces deux œuvres magistrales que sont *Contribution à la théorie générale de l'État*²⁹ et *La loi, expression de la volonté générale*³⁰.

Carré de Malberg s'est expressément prononcé sur la possibilité d'identification, au sein du droit français, d'une réserve de loi.

En premier lieu, cette institution lui apparaît nettement dans toutes ses implications. Notamment, sa dimension constitutionnelle est singularisée. Ainsi, le mécanisme de réserve, « aurait restreint les droits du Parlement, en tant qu'il aurait exclu pour celui-ci toute possibilité de conférer à l'Exécutif des habilitations réglementaires portant sur une matière réservée »³¹. C'est l'interdiction constitutionnelle pour la loi de renoncer à sa compétence, inhérente à la réserve, qui est soulignée afin qu'elle apparaisse, avant tout, comme une limite du pouvoir législatif lui-même. Cette analyse montre que l'auteur a intégré dans ses développements la définition moderne de la réserve de loi.

De plus, une fois retenue cette définition, il en résulte une conséquence immédiate. L'obligation qu'impose la réserve vis-à-vis de la loi suppose qu'un mécanisme de sanction soit prévu pour invalider les lois autorisant éventuellement l'intervention réglementaire sur des matières réservées.

Or, un tel vice ne peut être sanctionné par le biais du simple contrôle de la légalité des règlements pris sur renvoi législatif. En effet, en invoquant l'empiétement du règlement sur le domaine législatif, « la partie qui attaque ne s'en prendrait plus seulement au règlement fait par l'Exécutif : ce qui serait attaqué cette fois, ce serait, en réalité, la loi d'habilitation elle-même »³². Et l'on sait que le juge ordinaire ne peut contrôler la constitutionnalité des lois. Voilà énoncée ce qui devait devenir, sous la V^e République, la théorie de la loi-écran !

Poursuivant son raisonnement, Carré de Malberg en déduit que l'existence d'une réserve de loi est consubstantielle à celle d'une juridiction

constitutionnelle³³. Le professeur strasbourgeois décrit pour la première fois en France le lien étroit entre la justice constitutionnelle et la possibilité d'instaurer une réserve de loi, dans son acception contemporaine. En témoignent les deux exemples cités de l'Autriche et de la Tchécoslovaquie d'avant-guerre, comportant chacun une juridiction constitutionnelle : « Dans ces États, la Constitution a efficacement limité la puissance législative du Parlement, ... On conçoit, dès lors, que des Constitutions de cette sorte puissent subordonner à des conditions restrictives la faculté que le Parlement de donner son habilitation à des ordonnances réglementaires »³⁴.

Il résulte de cet énoncé que Carré de Malberg ne conteste pas la viabilité juridique de la réserve de loi. Mais l'étude positive et logique qu'il en fait, l'amène à conclure que cette institution n'est pas transposable au sein de certains ordonnancements juridiques, qui ne présentent pas toutes les caractéristiques propres à son effectivité.

Il ne reste plus alors qu'à se prononcer sur l'existence d'une réserve de loi dans l'ordonnement issu de la Constitution de la III^e République.

Dans un premier temps, l'auteur constate « l'impossibilité de trouver dans les textes constitutionnels de 1875, non seulement une liste de ce qui est respectivement réglementaire ou législatif, mais encore un principe ou un indice quelconque qui permette de fixer, *ratione materiae*, ce qui appartient en propre à la loi à l'exclusion du règlement »³⁵. On ne peut donc identifier dans la Constitution, une réserve de loi, faute pour celle-ci d'avoir attribué au Parlement des matières. Certes, les lois constitutionnelles de 1875 renvoient parfois à la loi, mais « ces textes sont si peu nombreux qu'on ne saurait songer à les regarder comme fournissant une énumération complète ou limitative des objets relevant de la législation »³⁶.

De surcroît, il n'existe pas et il ne peut exister, sous la III^e République, de contrôle de constitutionnalité des lois. Ceci tient à l'absence de séparation véritable entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant.

C'est le caractère souple de la Constitution qui justifie que les lois bénéficient d'une immunité juridictionnelle³⁷.

Consécutivement, la justice constitutionnelle s'étant révélée comme une condition *sine qua non* de la réserve, une telle institution ne pourrait de toute façon être aperçue sous ce régime. C'est donc par contraste avec cette théorie qu'il faut fonder la description, à cette époque, des relations entre la loi et le règlement.

Le silence quasi total de la Constitution quant à la délimitation du domaine de la loi et du règlement aboutit à transférer sur le Parlement la responsabilité de fixer le champ respectif de ces deux types d'actes normatifs. C'est l'organe législatif qui devient le régulateur de sa compétence et de celle du pouvoir réglementaire, définissant, à l'occasion de la régulation de chaque matière, le

33 « Une constitution qui n'organise pas de contrôle sur la régularité du contenu des lois, s'enlève à elle-même la possibilité de soumettre les facultés d'habilitation dont disposera la législature vis-à-vis de l'Exécutif à des restrictions matérielles, qui seraient condamnées par avance à demeurer dénuées de sanction ».

34 *Ibid.*, p. 92.

35 *La loi...*, op. cit., p. 85. Cette « absence de réserves matérielles assurées par la Constitution à la législation » est réitérée tout au long de l'ouvrage - cf. par exemple, p. 89, 95. Voir aussi, *T.G.E.*, T. 1, p. 599, 601, 618 notamment.

36 *Ibid.*, p. 86. L. Rolland arrive à la même constatation, mais considère que cette faiblesse est compensée par des règles constitutionnelles coutumières, réservant à la loi certaines matières (« Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets lois », *RD.P.* 1924, p. 51).

37 Cf. le chapitre 3 de *La loi...*, op. cit., et notamment p. 127 et 128.

28 *Op. cit.*, p. 143.

29 Sirey, Paris, 1920. Dans la suite : *TGE*.

30 Sirey, Paris, 1931.

31 *La loi...*, op. cit., p. 87.

32 *Ibid.*, p. 92. Voir aussi, *TGE*, T. 1, p. 609.

F12

découpage des tâches normatives. Et c'est l'absence de réserve de loi qui implique qu'il n'y ait pas de secteurs fermés à l'intervention réglementaire. En particulier, la loi peut valablement autoriser le règlement à créer des impôts ou des pénalités. En effet, « dans l'état actuel des textes constitutionnels, ces matières ne se trouvent point réservées par la Constitution au pouvoir législatif »³⁸.

C'est cette possibilité discrétionnaire de définir, par voie législative, l'ampleur du pouvoir réglementaire qui fait apparaître le règlement d'administration publique comme une technique de délimitation des compétences. Il préfigure en ce sens les procédés de loi-cadre et de décret-loi. Certes, Carré de Malberg reconnaît qu'en procédant à cette délimitation, le législateur « fait œuvre d'organisation constituante »³⁹, mais il estime que ce reproche doit être adressé à la Constitution de 1875, qui a négligé d'instituer une véritable réserve de loi, et ne remet pas en cause les vertus descriptives de sa théorie.

Reste à expliquer pourquoi, en l'absence de réserve de loi, l'auteur de la *Théorie générale de l'État* considère que les règlements ne peuvent intervenir que *secundum legem*⁴⁰.

D'après lui, il est nécessaire de se référer à la place institutionnelle relative qu'occupent les organes chargés d'édicter la loi et le règlement. L'acte législatif est voté, en régime démocratique, par les assemblées représentatives.

Il s'ensuit que la loi, expression de la volonté générale, participe de la souveraineté nationale. Ainsi, « la volonté générale édicte du droit primaire, du droit ayant le même caractère initial qu'elle »⁴¹. Au contraire, le Président de la République, autorité non directement représentative, se voit confier par la Constitution la seule mission normative d'exécuter les lois⁴². En conséquence, « le règlement engendre du droit secondaire et dérivé »⁴³.

C'est cette conception de la loi comme norme discrétionnaire et du règlement comme une norme subordonnée qui explique la vision française du principe de légalité en tant qu'exigence de conformité et non seulement de compatibilité⁴⁴. Cet impératif du règlement seulement *secundum legem* a une portée générale et ne devrait pas souffrir d'exceptions : le règlement autonome ne devrait pas pouvoir exister, puisque cette catégorie tend à assurer aux actes de l'exécutif les mêmes caractères d'initialité et de discrétionnalité que la loi⁴⁵. C'est la différence de puissance entre le législatif et l'Exécutif qui induit cette prépondérance du principe de légalité, caractéristique de l'État légal.

L'obligation de cette *interpositio legis* établie, il subsiste une interrogation sur la nécessité d'un renvoi législatif. En d'autres termes peut-on conceptualiser un pouvoir réglementaire spontané *secundum legem* ?

Le point de départ obligatoire réside dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui impartit au Président de la République l'exécution des lois. Pour Carré de Malberg, la notion d'exécution se décompose

en deux modalités distinctes. Il peut d'abord s'agir de la simple mise en œuvre des dispositions législatives afin que celles-ci puissent recevoir application. Ce sont les règlements complémentaires pris pour l'application de la loi. Ces règlements n'emportant aucune innovation par rapport aux prévisions législatives, ils « rentrent au premier chef dans la puissance exécutive »⁴⁶ et « par conséquent le Président a le pouvoir de les édicter spontanément ».

Dans les cas où il s'agit au contraire d'ajouter aux lois ou d'édicter des règles sur des matières non encore légiférées, il est nécessaire (et il suffit) qu'une loi ait autorisé le règlement à intervenir. Celui-ci est ainsi édicté en exécution de la loi. C'est parce que le contenu matériel du règlement ne concerne pas la simple exécution de la loi, qu'une autorisation législative est impérative.

Pour autant, Carré de Malberg conteste la possibilité de diviser le pouvoir réglementaire en fonction de sa provenance constitutionnelle ou législative : « la vérité est qu'il n'y a qu'une compétence réglementaire unique »⁴⁷. En effet, les deux types de règlement précédemment décrits ont leur origine dans la Constitution, et en particulier dans l'article 3 de la loi de 1875. La source du pouvoir réglementaire est toujours la Constitution⁴⁸, même si c'est la loi qui est susceptible de modifier l'étendue de la compétence réglementaire. Dans cette dernière hypothèse, la loi « se borne à mettre en mouvement les facultés réglementaires que la Constitution a elle-même attribuées au Président »⁴⁹.

Le fait que l'intégralité du pouvoir réglementaire trouve sa base dans la Constitution implique que les renvois législatifs ne peuvent s'analyser en une délégation législative. Ceux-ci ne confèrent pas à l'Exécutif une faculté nouvelle, puisque l'ensemble des règlements a un fondement constitutionnel ; ils attribuent « seulement à la puissance exécutive du Président un objet nouveau »⁵⁰, en intégrant, dans sa sphère de compétence, certain secteur normatif. La loi se présente comme la condition indispensable à l'intervention réglementaire, mais seulement dans la mesure où elle délimite le champ d'intervention du règlement, et non en tant qu'attribution d'un pouvoir. Ceci est la conséquence directe de la conception de l'acte réglementaire comme acte exécutif, procédant d'un pouvoir subordonné à la loi et de la non assignation, par la Constitution d'un domaine réservé à la loi, d'où découle la possibilité d'extension indéfinie du champ réglementaire. En ce sens, la loi constitue uniquement une « habilitation », générée au profit et à l'usage d'un pouvoir préexistant.

C'est ce refus de la délégation législative qui devait amener Carré de Malberg à critiquer l'arrêt du Conseil d'État du 6 décembre 1907, *Compagnie des Chemins de fer de l'Est*⁵¹. En réalité, sa critique porte sur la motivation retenue, et non sur la solution elle-même. La juridiction administrative y souligne effectivement que « les actes du chef de l'État portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative ». Ainsi, semble persister la théorie de la délégation législative. Cet arrêt n'aurait fait que modifier

38 TGE, op. cit., T. 1, p. 627. Voir aussi *La loi*..., op. cit., p. 95 : Carré de Malberg montre la valeur seulement législative des principes attribuant à la loi ces matières.

39 *La loi*..., op. cit., p. 100.

40 TGE, op. cit., T. 1, p. 576.

41 *La loi*..., op. cit., p. 77.

42 Article 3.

43 Ibid.

44 Pour reprendre la célèbre distinction de Charles EISENMANN, in *EDCE* 1959, p. 59.

45 Et en toute logique, Carré de Malberg critique le pouvoir autonome de police et celui reconnu en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics. Voir, respectivement, TGE, op. cit., T. 1, p. 652 et p. 657, et *infra*.

46 Ibid, p. 647.

47 TGE, op. cit., T. 1, p. 648.

48 Carré de Malberg rejoint ici l'opinion de Eismen, pour qui l'Exécutif puise le droit de rendre un Règlement d'Administration publique « non dans la loi qui contient le renvoi, mais dans une disposition constitutionnelle », l'article 3 de la loi du 25 février 1875 - « De la délégation du pouvoir législatif », *RDP* 1894, p. 212.

49 Ibid.

50 TGE, op. cit., T. 1, p. 594 note 16.

51 *Rec.* p. 913, conclusions Tardieu ; *S* 1908, 3, 1 note Hauriou, conclusions Tardieu ; *RDP* 1908, p. 38, note Jèze.

sa conception : la délégation passerait du plan formel au plan matériel. Désormais, les règlements pris sur renvoi législatif sont bien considérés comme des actes administratifs (comme en témoigne l'admission du recours pour excès de pouvoir à leur encontre), mais ils sont censés intervenir hors des limites habituelles du pouvoir exécutif, sur un domaine matériellement législatif. Si d'un côté le Parlement n'imprime pas sa force à l'acte édicté, il lui permettrait tout de même de réguler des matières *a priori* législatives. Ce parti pris résulte nettement des conclusions du commissaire du Gouvernement Tardieu ⁵².

Jugeant trop absolues les doctrines critiques à l'endroit de la possibilité de délégation législative, le conseiller d'État énonce que « toutes les fois que le législateur, en enjoignant au pouvoir exécutif de faire un règlement pour compléter une loi déterminée, dispose en terme exprès que, dans ce règlement, le gouvernement pourra fixer des pénalités, poser des règles de compétence, établir un impôt, toutes choses qu'il ne pourrait faire en vertu de ses pouvoirs normaux, ... cette disposition s'impose à tout le monde et doit être obéie ». C'est l'interdiction de contrôler la constitutionnalité des lois qui justifierait le recours à la théorie de la délégation législative pour permettre de valider les appels au règlement, dans les matières législatives ⁵³.

D'après Carré de Malberg, l'abandon de la théorie de la délégation législative, que marque cet arrêt, aurait dû être total ⁵⁴. L'erreur de conception provient de l'idée, combattue comme l'on sait par cet auteur, qu'il existe des matières réservées à la loi et donc que celles-ci ne peuvent être régulées par voie réglementaire qu'au moyen d'une délégation de matières. Le renvoi législatif doit seulement s'analyser en une détermination de compétence par la loi, comme le lui permet la Constitution en raison de son silence quant à la répartition des tâches entre la loi et le règlement. Il s'agit d'une simple habilitation qui ne fait « que déterminer l'objet matériel et qu'actionner le jeu formel des facultés exécutives du Président et du Gouvernement ; et ces facultés, l'Exécutif les tient, dès avant l'habilitation, de la Constitution elle-même » ⁵⁵. Au sein de ce mécanisme, la loi a pour seul effet de permettre la réalisation de la condition prévue par la Constitution pour l'exercice d'un pouvoir qui existe en dehors d'elle. C'est cette analyse qui prohibe l'utilisation du terme de délégation.

Le tout début du XX^e siècle est ainsi marqué, en France, par l'opposition de plusieurs doctrines explicatives de la théorie des sources. Beaucoup prennent en considération la réserve de loi, sans parfois situer ce principe comme une véritable institution juridique. Il faut dire qu'à la même époque, le sujet est d'actualité outre-Rhin.

Il n'est pas jusqu'à Carré de Malberg qui fonde sa théorie à partir de la réserve de loi, ou plutôt sur son absence dans la Constitution de la III^e République. Et de nos jours, cette hypothèse de départ est souvent oubliée, alors que la mise en place d'une réserve de loi par la Constitution de 1958 rend intransposables à ce régime les conclusions de cet auteur.

⁵² Précitées.

⁵³ D'ailleurs, encore aujourd'hui, le Conseil d'État persiste à qualifier de « délégations législatives » des dispositions de lois autorisant l'intervention du règlement dans des matières réservées à la loi en vertu des articles 34 et autres de la Constitution. Voir, parmi d'autres, 19 mars 1965, *Association dite Amicale des délégués interdépartementaux du Ministère des Anciens Combattants*, Rec. p. 183 ; 9 novembre 1988, *Fourcade et autres*, Rec. p. 398 ; 18 janvier 1991, *Société multypromotion*, Rec. p. 16.

⁵⁴ La loi..., *op. cit.*, p. 98.

⁵⁵ *Ibid.*

Reste que, quelles que soient les justifications apportées, de nombreuses contributions doctrinales convergent avec la solution initiée en 1907 par le Conseil d'État : elles tendent, en favorisant l'édiction de règlements, à reconnaître à l'Exécutif un véritable pouvoir normatif de collaboration avec la loi.

En tout cas, l'étude de la situation juridique à cette époque des relations entre la loi et le règlement permet de retrouver la filiation d'une certaine jurisprudence actuelle ; en particulier, celle dite de la « loi-écran » qui permet de valider, en principe, toutes interventions réglementaires sur les matières réservées à la loi, dès lors que le Parlement y consent. Pourtant, « l'environnement » juridique a changé depuis...

Quoi qu'il en soit, dans les années postérieures au développement de toutes ces théories devait apparaître, avec le poids grandissant du mécanisme des décrets-lois, le phénomène de crise de la loi. En réaction, on a pu considérer que la réserve de loi pouvait apporter une solution à ce problème. C'est à cette époque qu'a lieu la seconde apparition de cette institution en droit français.

[§ 2 - LA GENÈSE D'UNE RÉSERVE DE LOI SOUS LA IV^e RÉPUBLIQUE

À l'instar des lois constitutionnelles de 1875, la Constitution du 27 octobre 1946 ne contient aucune procédure de « législation gouvernementale ». En l'absence de voie de dérivation constitutionnelle, c'est tout naturellement que s'est reposé, sous la IV^e République, le problème des décrets-lois.

Mais, dans ce contexte juridique, la controverse sur leur légalité a été amplifiée par la présence de l'article 13 de la Constitution, disposant que « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».

Sans reprendre l'intégralité du débat relatif aux décrets-lois, il peut être considéré que l'interrogation principale quant à leur régularité juridique se centre sur la possibilité pour la loi de renoncer à une partie de sa compétence. Il s'agit de savoir si la loi peut se convertir en une simple règle de compétence, attribuant à l'Exécutif la régulation, y compris *contra legem*, de matières entières, sans édicter de dispositions de fond propres à encadrer l'exercice des pouvoirs gouvernementaux.

On devine alors que cette question se résume à la recherche de l'existence d'une réserve de loi. En effet, celle-ci a été définie comme l'attribution de compétences normatives dans certaines matières, au profit du législateur, auxquelles ce dernier ne peut renoncer.

Si la Constitution a institué de telles compétences, il s'ensuit que, du moins dans les secteurs normatifs qui en sont l'objet, l'organe législatif ne peut se dessaisir de cette tâche au profit du gouvernement. En conséquence, la technique des décrets-lois ne peut être utilisée en ces matières.

À l'inverse, si les textes constitutionnels n'ont établi aucune réserve de loi, il en résulte que c'est à la loi que revient la charge de délimiter le domaine réglementaire. Dans ce cas, le législateur peut renvoyer largement au pouvoir exécutif le soin d'établir des normes sur quelque matière que ce soit.

On conçoit alors l'interdépendance entre la validité des décrets-lois et la situation de la réserve de loi sous les III^e et IV^e Républiques.

Aussi, n'est-ce pas un hasard si c'est par le biais de l'interprétation de l'article 13 que le Conseil d'État, dans le cadre de ses fonctions consultatives, a consacré l'existence d'une certaine réserve de loi sous l'empire de la Constitution

du 27 octobre 1946. Ceci établi, il faudra examiner le champ que recouvre cette réserve.

A. - La consécration d'une réserve de loi

Face à la contestation sur la régularité de l'usage de la technique des décrets-lois, le Gouvernement se résolut à consulter le Conseil d'État à propos de la signification à conférer à l'article 13 de la Constitution alors en vigueur.

Le recours à ce conseiller du Gouvernement ne constituait pas l'unique possibilité de trancher le conflit, puisque la Constitution instituait en son article 91, un Comité constitutionnel, chargé d'examiner la compatibilité des lois par rapport à certaines parties du texte constitutionnel. On aurait ainsi pu imaginer que cet organe soit saisi d'une loi autorisant l'édiction de décrets-lois, dont il aurait dû apprécier la conformité à l'article 13. Force est de constater que tel n'a pas été le cas. Ceci rejoint l'observation générale selon laquelle ce Comité n'a pratiquement pas fonctionné, essentiellement à cause des entraves à sa saisine.

Par suite, l'avis du 6 février 1953⁵⁶ devait répondre à la question de savoir « dans quelle mesure le Gouvernement, à ce expressément autorisé par la loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires ». Clairement formulé de la sorte, le problème de la validité des décrets-lois ne pouvait être éludé par le Conseil d'État. Reste que si l'expression de « matières législatives » mérite d'être relevée, elle ne doit pas faire illusion : dans son optique, le gouvernement désigne seulement par là des matières déjà légiférées. En témoigne la locution « en conséquence » qui établit un lien entre la possibilité de modifier des textes législatifs existants et la notion de matières législatives.

Pour la Haute assemblée, les Constituants, en insérant l'article 13, ont seulement entendu mettre fin à la pratique, sous la III^e République, des décrets édictés en vertu des lois de pleins pouvoirs.

Concernant la possibilité d'étendre la compétence du pouvoir réglementaire, le conseiller du gouvernement pose un principe et une exception.

Le principe réside dans la possibilité pour le législateur de « déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire ». Le Conseil d'État confirme ici que c'est bien le législateur qui est à la fois le maître de sa propre compétence normative et corrélativement de celle de l'Exécutif.

On retrouve exprimée la doctrine de Carré de Malberg : en l'absence de répartition constitutionnelle entre le domaine de la loi et celui du règlement, le législateur peut procéder à une répartition.

En conséquence, le Parlement peut « décider que certaines matières relevant de la compétence du pouvoir législatif entreront dans la compétence du pouvoir réglementaire, que les décrets pris en ces matières peuvent modifier, abroger ou remplacer les dispositions législatives ». Autrement dit, la circonstance que le législateur se soit (implicitement) prononcé sur sa compétence en édictant des règles de fond, n'empêche pas cet organe de réattribuer ultérieurement la compétence en cause à l'Exécutif. Ceci découle directement du fait que le législateur dispose de sa propre compétence du moment que la Constitution ne lui en assigne pas une.

⁵⁶ Publié in *RDP* 1953, p. 170 et in M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, PUF, Themis, 8^e éd., 1978, p. 206.

Cependant, il existe une limite à cette capacité de répartir les champs normatifs respectifs. En effet, consécutivement à la prohibition des lois de pleins pouvoirs, l'extension de la compétence réglementaire serait contraire à l'article 3 de la Constitution⁵⁷ « si, par sa généralité et son imprécision, elle manifestait la volonté de l'Assemblée nationale d'abandonner au Gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale ». Il s'agit là d'une restriction quantitative au pouvoir délimitateur du législatif : celui-ci ne peut attribuer à l'Exécutif un blanc-seing, en lui conférant de façon inconditionnée, un trop vaste domaine normatif. Le Parlement ne peut donc se dépouiller de l'intégralité de ses compétences, même s'il peut renvoyer au Gouvernement la régulation de certains secteurs. Si la loi se contente d'édicter une large habilitation, l'acte réglementaire détient pratiquement la même marge de discrétionnalité que la loi ; alors la loi perd de son monopole en tant qu'acte initial et inconditionné, étant concurrencée par le règlement. De plus, le lien de subordination entre ces deux types d'actes tend à se dissoudre, faute pour la loi de contenir des dispositions propres à encadrer l'exercice par l'Exécutif de son pouvoir normatif. C'est cette dénaturation de la loi qui serait incompatible avec la détention par les députés de la souveraineté nationale. Et alors pourrait-on considérer que l'Assemblée a délégué le droit de voter une norme qui présente certaines caractéristiques de la loi.

Sous réserve de cette restriction extrême, il nous faut retenir qu'en l'absence de réserve de loi dans la Constitution le législateur décide librement du contenu de sa compétence. Naturellement, cette décision n'est pas intangible, et aussi peut-il revenir à tout instant sur la répartition qu'il a opérée à un moment donné. Dans ce cadre, la délimitation des compétences n'est pas une donnée exogène, puisque c'est le législateur qui la maîtrise.

Ce raisonnement est confirmé par l'exception posée par le Conseil d'État à la compétence de principe du législateur. L'avis de 1953 affirme ainsi que « toutefois..., certaines matières sont réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule ». C'est dire que des textes à valeur constitutionnelle font parfois appel à la loi, dérogeant ainsi à la règle de non choix par la Constitution entre l'acte législatif et l'acte réglementaire. Une place préférentielle pour la loi est alors créée, et imposée par la Constitution⁵⁸. Dans cet avis, le Conseil d'État semble conférer une certaine valeur juridique à la Déclaration de 1789, même si c'est à travers la médiation de la notion de « tradition constitutionnelle républicaine ». On retrouve là l'aversion des formations contentieuses pour l'application directe de la Déclaration des droits de l'homme. En effet, c'est seulement par le biais de la théorie des principes généraux du droit que le texte du 26 août 1789 recevait application⁵⁹. La différence est qu'ici apparaît clairement

⁵⁷ Proclamant que « la souveraineté nationale appartient au peuple français qui l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale ».

⁵⁸ Entendue largement.

⁵⁹ Cette remarque, décrivant la situation jurisprudentielle contemporaine à la date de l'avis commenté n'est plus valable aujourd'hui : il a été démontré que désormais le conseil d'État se référerait directement à cet élément du bloc de constitutionnalité. Cf. L. FAVOREU, « Dualité ou unité de juridiction », Actes du Colloque des 21-22 janvier 1988 sur *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Monchrestien, Paris, 1988.

sa valeur *supra*-législative, en tant que norme susceptible de s'imposer à la loi ⁶⁰.

En témoigne, l'interdiction faite au législateur « d'étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire ». Il peut seulement « se borner à poser les règles essentielles en laissant au Gouvernement le soin de les compléter ».

On constate qu'en énonçant ces données, le Conseil d'État consacre une véritable réserve de loi. Les légistes du Palais Royal considèrent que la Constitution assigne, dans certaines matières, une compétence impérative à la loi, délimitant ainsi un « domaine législatif minimum » ⁶¹. Dans ces matières, la compétence inépuisable de la loi se résume à l'édiction des règles essentielles. L'analogie avec la *Wesentlichkeitstheorie* allemande est frappante. La loi ne peut renoncer à cette attribution, et en conséquence ne peut augmenter les capacités d'intervention du pouvoir réglementaire ⁶². À l'intérieur de ces matières, la délimitation entre la loi et le règlement est imposée par la Constitution. C'est le respect de la règle constitutionnelle qui interdit que la loi modifie la répartition opérée entre les deux catégories d'acte normatif.

Dans les cas où un texte constitutionnel attribue compétence à la loi, il n'en résulte pas que la matière considérée soit totalement interdite à l'exercice du pouvoir réglementaire. Simplement, le domaine de celui-ci apparaît circonscrit par la loi qui a dû préalablement définir les normes essentielles, régulant la matière. Ainsi, le règlement a pour seule fonction de développer les normes primaires posées par la loi, sans comporter d'innovations. C'est à la loi seule que revient de définir les règles de base qui constitueront l'encadrement normatif de la matière, le règlement devant seulement les compléter.

Cette possibilité expressément affirmée d'intervention du règlement aurait dû conduire le Conseil d'État à préférer la préposition « en » à la préposition « à », dans la phrase selon laquelle « le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire ». Effectivement, comme l'exprime la Haute juridiction par le recours, dès la phase suivante, à la notion d'essentialité, le fait de réserver à la loi une matière ne signifie pas un monopole de l'acte législatif ⁶³. Ceci exprime simplement la dévolution au législateur de la compétence obligatoire pour édicter les normes primaires, le règlement n'ayant alors qu'une vocation exécutive. Ce dernier peut être utilisé, du moment qu'il ne franchit pas le seuil de la compétence législative.

Le pouvoir réglementaire existe en ces matières. Ce que ne peut faire la loi, c'est modifier la frontière qu'impose la Constitution, en habilitant le règlement au-delà de ses attributions constitutionnelles, à savoir le complément des principes essentiels posés par la loi.

Il résulte de cet avis de 1953 que le système normatif doit être perçu comme suit : soit la Constitution fait appel à la loi pour réglementer certaines matières,

60 En ce sens, cf. J. DONNEDIEU DE VABRES qui fait ressortir « l'essence constitutionnelle » de l'impératif du recours à la loi dans les matières réservées - « L'article 13 et les décrets-lois », *D.* 1953, I, 137.

61 G. GALICHON, « Aspects de la procédure législative en France », *RFSP* 1954, p. 805.

62 Comme l'écrit J. MARCEL, « Les matières réservées constituent une limitation de la compétence législative », in « La notion de matières réservées à la loi », *AJDA* 1958, I, 55.

63 C'est ce que confirme J. MARCEL - *op. cit.*, p. 58 -, lorsqu'il écrit que les matières réservées sont « des matières dans lesquelles une certaine compétence bien déterminée est réservée au législateur. Il y a attribution exclusive de compétence et non de matière au législateur ». Voir toutefois *contra*, l'opinion de J. CHARPENTIER, in « Les lois cadres et la fonction gouvernementale », *RDJ* 1958, p. 247 : « il est certaines matières que la Constitution réserve à la loi... Dans ces matières le législateur n'a pas la liberté d'autoriser le Gouvernement à statuer par décret ».

et alors la répartition entre la loi et le règlement procède du texte constitutionnel ; soit celui-ci n'a rien prévu quant à la régulation d'autres matières, et c'est alors à la loi qu'il revient de définir le champ du pouvoir réglementaire, de façon plus ou moins large. En tout cas, le Conseil d'État a bien admis le principe et les conséquences de l'attribution constitutionnelle de certaines matières au profit de la loi.

Enfin, il nous faut ajouter que la logique de l'avis de 1953 était déjà contenue dans la doctrine résultant d'un avis du 1^{er} juin 1948 ⁶⁴, relatif au maintien en vigueur de la loi du 13 avril 1928. Celle-ci prévoyait que les assemblées territoriales de collectivités, devenues des TOM sous l'empire de la Constitution de 1946, pouvaient délibérer sur le secteur douanier en vue de modifier la législation et en particulier en vue d'obtenir la création de délits nouveaux, l'établissement de peines nouvelles, ou pour changer les éléments constitutifs de délits préexistants et le taux des pénalités. Or, l'article 72 de la Constitution de 1946 énonce que « dans les TOM, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques, ... ».

La loi du 13 avril 1928 avait donc pour effet de subdéléguer au profit des TOM une compétence désormais attribuée à la loi par la Constitution de 1946. Il s'agissait bien ici d'une des rares matières réservées à la loi par la loi fondamentale.

Ce faisant, le Conseil d'État considère que la loi de 1928 ne peut plus être appliquée et qu'elle doit être tenue pour abrogée par l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. Cet avis est motivé par le fait qu'aux « termes de l'article 13 de la Constitution, l'Assemblée nationale vote seule la loi et qu'elle ne peut déléguer ce droit, qu'il suit de là que, pour les matières qui en vertu de l'article 72 de la Constitution sont réservées au Parlement, celui-ci ne peut reconnaître à une autorité autre que lui le pouvoir de modifier ou d'adapter les dispositions légales concernant des matières réservées ».

La réserve de loi instituée par l'article 72 prohibe tout transfert de la régulation normative des matières énumérées en direction du pouvoir réglementaire des TOM. Seul le législateur peut édicter les règles relatives à ces matières, sans pouvoir renoncer à cette compétence.

Ainsi, avant même 1958, le Conseil d'État admet que les renvois constitutionnels à la loi produisent des effets juridiques. En protégeant l'intégrité de la compétence législative, ils interdisent à la loi de définir le domaine d'intervention de l'Exécutif. À l'inverse, le législateur conserve cette possibilité dans tous les cas où la Constitution n'a rien prévu.

Reste que cette dernière hypothèse est la plus fréquente sous la IV^e République (on verra qu'une des grandes modifications de la Constitution de 1958 sera d'inverser ce rapport quantitatif, par l'institution d'une réserve de loi consistante).

Ceci nous amène directement à tenter de décrire le contenu de la réserve antérieurement à 1958.

B. - La détermination du contenu de la réserve de loi

En conséquence directe de l'avis du 6 février 1953, le législateur a inclus dans certaines lois d'habilitation une disposition de protection des matières

réservées. L'objectif recherché est de parer à tout reproche (politique, considérant l'absence de réel contrôle de la constitutionnalité des lois), d'inconstitutionnalité : en réitérant les exigences constitutionnelles, le législateur est censé les prendre en compte.

C'est dire que la loi d'habilitation est présumée respecter l'intégrité des matières réservées à la loi.

C'est ainsi que l'article 7 de la loi n° 53-611 du 11 juillet 1953 dispose, à l'instar de l'article unique de la loi n° 54-809 du 14 août 1954, que « les décrets prévus au présent article pourront modifier ou abroger les dispositions législatives en vigueur sans qu'il puisse être porté atteinte aux matières réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine dont les principes ont été réaffirmés dans le Préambule de la Constitution, ni à la protection des biens et des libertés publiques ».

Par ce précepte, le législateur limite l'extension du pouvoir réglementaire qu'il autorise, aux matières non réservées à la loi. En effet, aucun élargissement ne peut intervenir dans le cas des matières réservées, considérant que c'est la Constitution qui a alors délimité la place du règlement ; le Gouvernement ne peut alors que faire usage de son pouvoir réglementaire de droit commun.

La vertu de ces dispositions de protection de la réserve est censée être telle que la doctrine a parfois mis en doute la constitutionnalité de lois autorisant des décrets-lois qui n'en faisaient pas mention⁶⁵.

Quoi qu'il en soit, il faut constater que ni le Conseil d'État, ni le législateur n'ont procédé à une énumération des matières réservées à la loi. Ils se sont contentés de définir l'origine des matières réservées, agréant pour la circonstance à la Constitution, la notion de « tradition constitutionnelle », formant ainsi une espèce de « bloc de constitutionnalité » avant l'heure.

1. - Les sources des réserves de loi

La recherche de réserves de loi au sein de la Constitution du 27 octobre 1946 fait apparaître un certain nombre de cas. Par exemple, l'article 25 prévoit que le statut du Conseil économique est prévu par une loi ; l'organisation de la Haute Cour de justice et de la procédure applicable devant elles sont déterminées par une loi⁶⁶ ; c'est aussi une loi qui conditionne la jouissance et l'exercice de l'électorat⁶⁷, le régime des incompatibilités et inéligibilités⁶⁸, l'organisation des collectivités locales⁶⁹, et les conditions de fonctionnement des services déconcentrés de l'État⁷⁰ ; il en va de même pour diverses questions relatives aux DOM-TOM, comme le régime législatif des DOM⁷¹ ou le statut et l'organisation intérieure de chaque TOM⁷².

65 Cf. R. BOURDONCLE, note sous CE, 19 décembre 1958, X... ; D. 1959, J, 560. On examinera ultérieurement l'efficacité contentieuse de ces clauses.

66 Article 59.

67 Article 4.

68 Article 6.

69 Article 86.

70 Article 89. On pourrait même considérer qu'il s'agit d'une réserve renforcée, dans la mesure où la loi en question doit déterminer ces conditions de fonctionnement « de manière à rapprocher l'administration des administrés ».

71 Article 73.

72 Article 74. Pour une énumération plus complète, voir R. CHAPUS, « la loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois », RDP 1953, p. 982, n° 42 et 43. Il conviendrait toutefois de retrancher de cette liste les prérogatives se rattachant au pouvoir de contrôle du

En prévoyant ces réserves, « la Constitution assigne un domaine minimum à la loi »⁷³. Reste qu'elles ne concernent que des secteurs très précis et nettement individualisés, prohibant ainsi toute interprétation extensive de cette compétence législative minimum. Cet élément, combiné avec le faible nombre de renvois à la loi dans la Constitution, explique le peu d'importance de la réserve de loi sous la IV^e République.

Si l'individualisation des réserves de loi dans le corps même de la Constitution est assez aisée, il est par contre plus difficile de préciser le contenu de l'autre source des matières réservées, constituée par la tradition constitutionnelle républicaine.

Incontestablement, aux dires mêmes du Conseil d'État, cette notion inclut les dix-sept articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. *A priori*, ce rattachement pourrait sembler étrange si l'on s'en tenait aux seules données chronologiques : le texte du 26 août 1789 a été voté sous un régime monarchique ; de même, il sert de fondement à la Constitution royale du 3 septembre 1791. Pourtant, l'histoire constitutionnelle permet d'affirmer que cette Déclaration constitue, en France, un élément de référence de tous les régimes républicains, tandis que les autres types de régimes avaient plutôt tendance à s'en départir. C'est le ralliement ou le rejet de la Déclaration des droits de l'homme qui représente l'un des éléments conflictuels fondamental entre monarchistes et républicains.

En faisant appel à cette Déclaration, le Conseil d'État, s'autorisant dans doute de la mention qu'en fait le Préambule de la Constitution de 1946, lui attribue une place dans la hiérarchie des normes. Elle aussi peut être la source d'une définition de la compétence législative qui s'impose à la loi.

Cet aspect reste d'autant plus important que la loi occupe une place centrale au sein du texte de 1789. Celui-ci, tout en reconnaissant un certain nombre de droits fondamentaux, renvoie à la loi le soin de définir leurs modalités d'application et en particulier les restrictions qu'ils doivent subir. Synthétiquement, la référence à la Déclaration des droits de l'homme, permet d'affirmer l'existence d'une réserve de loi en matière de droits fondamentaux. À cet égard, la superposition, dans les clauses de protection (précédemment étudiées) de certaines lois d'habilitation, de la tradition constitutionnelle et de la protection des biens et des libertés publiques ne laisse pas de surprendre. En effet, elle pourrait suggérer que la tradition constitutionnelle républicaine « n'englobe pas la protection des biens et des libertés publiques »⁷⁴, sinon cette adjonction serait dépourvue d'effet utile. En réalité, comme le montre C. Vimbert, la protection des biens et des libertés publiques serait bien incluse dans la notion de tradition constitutionnelle⁷⁵. Il suffit d'ailleurs de remarquer que la Déclaration du 26 août 1789 (fondement de la notion de tradition, comme il a été vu précédemment) réserve à la loi les atteintes aux libertés publiques et à la propriété. Le législateur, sans expliciter davantage le concept de tradition constitutionnelle, n'a fait qu'utiliser une formule redondante : puisque de toutes

Parlement – déclaration de guerre, autorisation de ratifier les traités – plus qu'à son pouvoir normatif.

73 G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 498.

74 J. SOUBEYROL, *Les décrets-lois sous la IV^e République*, thèse droit, Toulouse, 1955, p. 112. Dans le même sens, le professeur Chapus distingue d'un côté la tradition constitutionnelle et de l'autre l'interdiction d'attenter à la protection des biens et des libertés publiques – *op. cit.*, p. 984, n° 45.

75 *La tradition républicaine en droit public français*, thèse droit, Rouen, 1991, p. 64 et 65.

façons la Déclaration réserve à la loi la réglementation des libertés et du droit de propriété, il est inutile d'interdire expressément aux décrets-lois d'intervenir sur ces matières.

En tout cas, il nous faut noter qu'en ayant recours à la Déclaration des droits de l'homme pour concrétiser le contenu de la réserve de loi, le Conseil d'État préfigure l'attitude du Conseil constitutionnel sous la V^e République, qui fait lui aussi découler de ce texte une compétence législative ⁷⁶.

À côté du texte du 26 août 1789, la Haute juridiction administrative mentionne le Préambule de la Constitution de 1946 comme partie intégrante de la tradition constitutionnelle.

Pourtant, il paraît difficile de considérer dès 1953 que les principes particulièrement nécessaires à notre temps fassent déjà partie de cette tradition, eu égard à leur date d'édiction ⁷⁷. N'aurait-il pas été préférable de consacrer directement la valeur juridique du Préambule de la Constitution ? C'est alors en tant que partie de la Constitution que les principes qui y sont mentionnés seraient éventuellement géniteurs d'une réserve de loi ⁷⁸.

Plus généralement, l'interrogation relative au contenu de la tradition constitutionnelle républicaine rejoint ici celle sur l'origine de la valeur juridique attribuée à celle-ci.

Pour de nombreux auteurs, cette tradition constitutionnelle apparaîtrait comme une sorte de coutume ⁷⁹. Pourtant, comme le remarquait déjà le doyen Vedel avant même l'avis de 1953, « l'explication par la coutume ne s'impose pas » ⁸⁰ : en invoquant la Déclaration des droits de l'homme et le Préambule de 1946 comme une des sources positives de la réserve de loi, le Conseil d'État leur reconnaît valeur constitutionnelle. Or, le premier texte inclut, par référence, le second. Il ne s'agit alors pas d'une simple coutume « car cette "tradition-coutume" se trouve consacrée par un texte écrit, le Préambule ». Le Conseil d'État aurait pu faire l'économie de la notion et se référer directement au caractère normatif du Préambule et de la réaffirmation de l'attachement à la Déclaration de 1789. Comme l'exprime J. Marcel, « au lieu de déclarer que certaines matières sont réservées par la "tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789", il est plus exact et plus clair de dire que ces matières sont réservées par le Préambule, lequel résulte de la tradition constitutionnelle républicaine ».

Le détour par cette notion s'explique par le fait qu'ainsi, la juridiction administrative n'est pas liée par l'application d'un texte. Elle peut sélectionner au sein du Préambule et de la Déclaration les dispositions auxquelles elle souhaite donner effet. En l'espèce, il n'est pas dit que l'intégralité des renvois à la loi, opérés par ces textes, constituent autant de réserves de loi. Le Conseil d'État est libre de décider lesquels sont véritablement inclus dans la tradition constitutionnelle, imposant en conséquence la compétence législative.

⁷⁶ Cf. *GDCC* n° 18, paragraphe 14.

⁷⁷ En ce sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 983, note 40, et C. VIMBERT, *op. cit.*, p. 66. Cet auteur admet toutefois qu'il serait possible d'excepter la réserve de loi en matière de droit de grève et d'égalité des sexes en raison des interventions antérieures du législateur.

⁷⁸ C'est ce point de vue que semble adopter le professeur CHAPUS lorsqu'il rattache la réglementation du droit de grève à la réserve de loi instituée par la Constitution ; *op. cit.*, p. 982, n° 43.

⁷⁹ G. VEDEL, *Droit administratif*, licence 2^e, les cours de droit, IEP Paris, 1971, p. 149 ; C. VIMBERT, *op. cit.*, p. 527 et s.

⁸⁰ *Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 497.

D'autre part, la tradition constitutionnelle ne se résume pas au Préambule additionné de la Déclaration de 1789. En témoigne l'emploi de l'adverbe « notamment ». Si d'un côté, l'utilisation de la tradition constitutionnelle est plus restrictive que le recours aux textes, en tant qu'elle permet de n'en retenir que certaines dispositions, elle autorise aussi un élargissement de la réserve de loi en ouvrant la possibilité de dépasser ces mêmes textes. Ainsi, le Conseil d'État pourrait consacrer une réserve de loi qui, sans être explicitement inscrite dans la Constitution, lui paraîtrait appartenir à cette fameuse tradition.

Resterait à s'interroger sur le contenu des autres réserves de loi censées relever de la tradition constitutionnelle républicaine, sans pour autant être inscrites dans un document constitutionnel précis. Mais, il s'agirait de pures spéculations, sans portée concrète. En effet, le Conseil d'État n'a pas utilisé, ni même posé un critère de cette notion ⁸¹. Il suffit de mentionner qu'il existe sans doute un lien avec les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Les contours de la réserve de loi sous la IV^e République ainsi exposés, il faut aussi entrevoir les difficultés que pose la délimitation concrète de chaque réserve de loi.

2. - La délimitation concrète des réserves de loi

Par exemple, dans un arrêt du 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens* ⁸², le Conseil d'État décide que les redevances, contrairement à l'impôt, ne sont pas l'objet de la réserve fiscale. Le doyen Trotabas critique la définition retenue de la redevance (fondée sur le critère de l'équivalence entre le coût du service et le montant fixé), arguant de l'objectif qui sous-tend la réserve de loi en la matière : il s'agit de l'expression du consentement à l'impôt ⁸³. Dans ces conditions, le critère de séparation entre redevance et fiscalité servant aussi à délimiter les compétences réglementaires et législatives, il devrait épouser la motivation de l'institution d'une réserve de loi. C'est donc le caractère obligatoire ou facultatif du service qui aurait dû être pris en compte.

De même, lors des débats parlementaires préalables au vote de la loi du 14 août 1954 ⁸⁴, des interrogations se sont faites jour sur les vertus respectives de différentes rédactions de la mention des matières réservées à la loi. Cette loi autorise en effet le Gouvernement à procéder à l'aménagement de charges et obligations fiscales pesant sur les entreprises. Craignant que cette disposition ne conduise à diminuer l'efficacité de la réserve de loi en matière fiscale, la Commission des Finances du Conseil de la République proposa de modifier la clause de sauvegarde par l'énoncé suivant : « les décrets prévus au présent article pourront modifier ou abroger les dispositions législatives en vigueur sans que puisse être décidée la création ou la majoration d'impôts et de taxes fiscales ou para-fiscales, et sans qu'il puisse être porté atteinte aux matières réservées à la loi... » ⁸⁵. Mais lors du débat public, il fut remarqué que l'amendement de la Commission était superfétatoire, dans la mesure où l'invocation du respect de la

⁸¹ C. VIMBERT, *op. cit.*, p. 348 et s.

⁸² D. 1959, I, 475, note L. Trotabas.

⁸³ Note précitée, p. 479.

⁸⁴ Précitée.

⁸⁵ Rapport PELLENC, Conseil de la République, document n° 511. L'ensemble des débats préparatoires relatifs à cette disposition a été analysé par le professeur Liet-Veaux, *in* note sous CE 18 mars 1959, *RA* 1959, p. 162 et 163.

réserve de loi, incluant nécessairement le principe de légalité fiscale, suffisait à interdire au Gouvernement la création d'un nouvel impôt ou la modification d'un élément substantiel d'un impôt déjà existant, toutes choses incluses dans la réserve fiscale⁸⁶. La Haute assemblée se rallie à ce point de vue, et l'interdiction expresse de la création et de la majoration d'impôts ne fut pas reprise dans la version définitive de la clause de sauvegarde. Pourtant, malgré les termes de cette discussion, le Conseil d'État a eu l'occasion de valider un décret, pris sur la base de la loi de 1954, ayant pour objet d'étendre certains impôts à des personnes et opérations jusque là non imposables⁸⁷. Mais ceci concerne déjà la pénétrabilité de la réserve de loi.

La situation institutionnelle de la loi sous la IV^e République confirme totalement la validité des vues de Carré de Malberg : la loi dispose en principe de sa propre compétence et donc de celle du pouvoir réglementaire. Mais ceci n'est exact que dans la mesure où l'hypothèse de départ est présente. En effet, cet auteur tire son raisonnement de l'absence de répartition constitutionnelle entre la loi et le règlement.

Dans la situation inverse, le législateur ne peut plus renoncer à sa compétence. C'est tout le sens de l'avis de 1953 que d'avoir dégagé cette réserve de loi. Toutefois, si l'existence de cette obligation est clairement établie, il faut examiner la qualité de sa sanction juridique, notamment en l'absence de juridiction constitutionnelle.

Section II

LA PÉNÉTRABILITÉ DE LA RÉSERVE DE LOI

La définition de matières réservées à la loi aboutit à restreindre, en ces matières, les capacités d'intervention du règlement. Reste qu'une fois ce principe posé, il s'agit d'assurer sa mise en œuvre. C'est tout le problème du respect et de la sanction de la norme ainsi dégagée.

La question existe lorsqu'une loi vient autoriser une régulation émanant de l'Exécutif au sein précisément d'une matière réservée à la loi (on ne s'attachera ici qu'aux règlements pris en application d'une loi et non aux règlements spontanés).

Théoriquement, une telle loi doit s'accorder à la Constitution et limiter l'appel au règlement, conformément aux règles constitutionnelles réservant à la loi une place déterminée. Mais, l'absence d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, imputable d'une part au refus du Conseil d'État de procéder à ce type de contrôle⁸⁸, et d'autre part au confinement institutionnel du Comité constitutionnel de l'article 91 de la Constitution de 1946, devait avoir pour conséquence de déplacer la problématique : davantage que la production législative, c'est le pouvoir réglementaire qui sera confronté aux normes définissant la réserve de loi. C'est au seul niveau *infra*-législatif que peut être recherché, à cette époque, l'effectivité juridictionnelle de cette institution. Il faut

86 *JO débats* Conseil de la République, séance du 12 août 1954, p. 1657.

87 18 mars 1959, *sieur Bouille*, *Rec. T.* p. 883.

88 CE 6 novembre 1936, *Arrighi*, *Rec.* p. 966 ; De façon générale, voir *Jurisclasser administratif*, « Constitution », n° 93.

donc analyser l'impact de la réserve quant au contrôle de la légalité des actes réglementaires.

À cet égard, l'intégration de la réserve de loi au sein du « bloc de légalité »⁸⁹ ne fait aucun doute. L'avis de 1953 situe clairement l'impératif du recours à la loi comme une exigence de valeur *supra*-législative⁹⁰. De surcroît, il a été observé que certaines lois contenaient une disposition excluant l'intervention du règlement dans les matières réservées à la loi⁹¹. Cette réitération d'un principe supérieur par une loi⁹² est-elle superfétatoire ou a-t-elle au contraire pour effet de renforcer la protection de l'espace normatif réservé à la loi ? On étudiera donc la répercussion, du point de vue du contrôle de légalité, de la présence de la « réserve de la réserve » au sein du texte autorisant l'intervention du pouvoir réglementaire.

Concernant l'autre terme de la confrontation, il faut préciser que la forme que revêt l'intervention de l'Exécutif est sans pertinence : la pénétration de la réserve de loi peut être le fait du pouvoir réglementaire de droit commun ou de décrets-lois. En effet, l'avis de 1953 ne distingue pas entre ces deux techniques qui présentent, pour le sujet qui nous occupe, des similitudes⁹³.

Il est vrai qu'il existe une certaine coïncidence entre l'existence d'une clause législative de protection de la réserve du type que l'on a défini⁹⁴ et les lois autorisant la prise de décret-loi. Ceci procède de l'idée selon laquelle le système des décrets-lois confère au Gouvernement une plus grande marge de manœuvre par rapport au pouvoir réglementaire de droit commun ; et cette ampleur serait davantage propice, du fait de l'absence de bornes précises, à l'invasion du domaine réservé à la loi. À l'inverse, le pouvoir réglementaire normal, lié au concept d'exécution des lois, est censé mieux respecter la compétence propre à l'acte législatif. Telle n'est pas exactement la réalité, et il faudra voir comment le règlement permet lui aussi l'intrusion de l'Exécutif au sein de la réserve de loi.

§ 1 - EN PRÉSENCE D'UNE CLAUSE DE PROTECTION DE LA RÉSERVE

La présence, au sein d'une loi, d'une clause de sauvegarde influe sur le contrôle juridictionnel des règlements issus de cette loi. Elle permet de vérifier que l'Exécutif n'empiète pas sur les compétences du législateur et dans le cas contraire, de censurer les normes gouvernementales. C'est dire la réalité de la protection de la réserve de loi qu'autorise cette technique.

89 Selon l'expression de Ch. EISENMANN – « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE* 1959, p. 41.

90 Après avoir affirmé que « certaines matières sont réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine... », le Conseil d'État précise que « le législateur ne peut, *dès lors*, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire ».

91 Cf. *supra*.

92 Technique encore assez fréquemment utilisée. Voir par exemple la loi n° 86-912 du 6 août 1986 qui reprend en son article 20 l'énoncé de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

93 La jurisprudence ayant consacré, vis-à-vis des décrets-lois, la primauté du critère organique et donc leur caractère administratif – CE, 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*, *Rec.* p. 619 – sauf cas de ratification parlementaire. De plus, outre cette identité organique, on verra tout à l'heure que décrets et décrets-lois peuvent procéder tous deux de la même logique délimitatrice, la technique des décrets-lois ayant seulement une vocation plus globale qu'un simple appel déterminé à la loi.

94 Cf. *supra*.

Cependant, si cette disposition s'impose incontestablement au pouvoir réglementaire, la question est différente pour ce qui concerne l'acte législatif. Concrètement, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la loi, tout en reproduisant la « réserve de la réserve », autorise spécifiquement l'édiction d'une mesure dans un secteur particulier, relevant du domaine réservé à la loi. En ce cas, la clause de sauvegarde conserve-t-elle encore une utilité ? Ceci revient à se demander quelle disposition du même texte législatif doit prévaloir sur l'autre. On sera donc conduit à examiner le degré d'efficacité de ce genre de disposition.

A. - La réalité de la protection

Celle-ci transparaît au travers tant de la confrontation qu'opère la juridiction administrative entre le règlement et le domaine constitutionnel de la loi, que de la sanction qui frappe les décrets pénétrant dans ce dernier.

Ainsi, dans l'arrêt *Syndicat national des transporteurs aériens* du 21 novembre 1958⁹⁵, le Conseil d'État devait apprécier la légalité d'un décret du 24 septembre 1953, instituant une série de redevances relatives aux aéroports, qui avaient été édictées sur la base de l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953. Or, on sait que le paragraphe 3 de ce même article détermine une clause de sauvegarde⁹⁶ prévoyant que les décrets en question ne pourront porter atteinte « aux matières réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine ».

Les prétentions des requérants se fondaient sur la nature fiscale des prélèvements créés par ce décret. Partant de la prémisse selon laquelle la création d'une imposition relevait du domaine réservé à la loi, ils en déduisaient que seule une loi aurait pu instituer les prélèvements en cause ; en conséquence, le décret du 24 septembre 1953 devait être annulé.

À la suite de son commissaire du Gouvernement, l'Assemblée devait considérer « qu'au nombre des matières réservées à la loi par la tradition constitutionnelle républicaine, compte tenu notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution de 1946, figurent l'institution d'un impôt de même que la modification des règles applicables à un impôt existant dans des conditions aggravant la charge fiscale des contribuables ». Une fois défini le contenu de la réserve de loi, le Conseil constate qu'en l'espèce le caractère fiscal fait défaut aux redevances litigieuses, s'agissant de simples rémunérations pour services rendus. Dès lors, il pouvait être renvoyé au pouvoir réglementaire le soin d'instituer de tels prélèvements.

Pour réductrice qu'elle soit de la réserve de loi⁹⁷, cette solution permet d'énoncer que le Conseil d'État accepte de confronter un acte réglementaire aux normes définissant le champ de la réserve.

Il en est de même pour l'arrêt du 8 janvier 1971, *Dame veuve Taillard*⁹⁸. Celui-ci admet la légalité du décret du 20 mai 1955, pris dans le cadre des pouvoirs conférés par la loi du 14 août 1954, au motif que le gouvernement

« ne touchait, par les dispositions de ce décret, ... à aucune des matières exclusivement réservées au législateur par la loi précitée du 14 août 1954 »⁹⁹.

Le moyen contentieux fondé sur la violation de la disposition de sauvegarde est donc recevable, le Conseil d'État ayant accepté d'examiner au fond si les décrets déferés n'empiétaient pas sur la réserve de loi. Mais la Haute juridiction ne s'est pas contentée d'affirmer le principe du contrôle puisqu'elle a effectivement annulé des décrets ayant empiété sur des matières réservées à la loi.

Ainsi, par une décision du 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence et autres*¹⁰⁰, l'Assemblée annule les articles 2 et 3 du décret du 9 août 1953, édictés sur la base de la loi du 11 juillet 1953 et relatif au maintien et au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, motif pris « qu'en édictant ces dispositions le Gouvernement est intervenu par décret dans un domaine réservé au législateur par la tradition constitutionnelle républicaine ». Il est vrai qu'il s'agissait de définir des infractions, jusqu'alors non réprimées, et de leur appliquer des peines prévues dans la législation des prix.

C'est encore l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953 qui était en cause dans l'arrêt du 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*¹⁰¹. Le décret du 9 août 1953, relatif au régime économique de l'alcool et portant organisation du plan sucrier, avait profondément modifié les droits des distillateurs. En premier lieu, le système des contingents, par lequel l'État s'engageait à acheter à prix garantis une certaine quantité d'alcool industriel fixée chaque année par la loi, voyait son ampleur restreinte.

En second lieu, le mécanisme des contrats de l'article 368 du CGI était purement et simplement supprimé. Celui-ci permettait au directeur du service des alcools de compléter, par voie contractuelle, les contingents attribués aux distillateurs, le volume d'achat garanti contractuellement ne s'imputant pas sur le contingent alloué.

Pour le commissaire du Gouvernement, la légalité de ce décret vis-à-vis de « la réserve de la réserve » de l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953 passe par la question de savoir si les contingents et les contrats précédemment définis constituent ou non des biens.

Dans sa solution, le Conseil d'État distingue entre les contingents qui, en raison de leur précarité, ne constituent pas des biens et les contrats. S'agissant de ceux-ci, les droits en résultant peuvent être qualifiés de biens auxquels « l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953 ne permettait pas au Gouvernement de porter atteinte ». Pour A. de Laubadère, ceci permet d'énoncer que « le fait de toucher à des situations contractuelles (paraît) faire partie du domaine traditionnellement réservé au législateur »¹⁰². Pourtant, le décret n'est pas annulé sur ce point car il est rattaché aux pouvoirs généraux de l'Administration en matière de contrat administratif (pouvoir de résiliation unilatérale).

Mais l'illustration la plus flagrante de l'efficacité de la clause de protection est sans doute apportée par l'arrêt *Garrigou*¹⁰³.

Usant des pouvoirs que lui conférait la loi du 14 août 1954, le Gouvernement avait décidé, par décret du 30 avril 1955, de majorer le taux de

⁹⁵ *Rec. T.* p. 572 ; *D.* 1959, J, 475, conclusions Chardeau et note Trotabas.

⁹⁶ *Cf. supra.*

⁹⁷ *Cf. supra.*

⁹⁸ *Rec.* p. 16.

⁹⁹ On rappelle que cette loi est au nombre de celles qui comportent une clause de sauvegarde, *cf. supra.*

¹⁰⁰ *Rec.* p. 358 ; *D.* 1958, J, 656, conclusions B. Tricot.

¹⁰¹ *Rec.* p. 246 ; *D.* 1958, J, 730, note A. de Laubadère ; *AJDA* 1958, II, 282, conclusions Kahn.

¹⁰² Note précitée, p. 733.

¹⁰³ 16 mars 1956, *Rec.* p. 120 ; *D.* 1956, J, 253, conclusions Laurent.

l'impôt sur les sociétés avec effet rétroactif pour l'exercice 1954. C'est cet aspect qui était notamment contesté par le requérant.

Le commissaire du Gouvernement, suivi dans ses conclusions par l'Assemblée, devait considérer que si « le Parlement a le privilège de pouvoir impunément donner un effet rétroactif à la loi, il n'en est pas de même du Gouvernement, à défaut d'une habilitation expresse et formelle du législateur ». S'agissant en effet d'un principe général du droit ¹⁰⁴, seule une loi aurait pu y déroger : la transgression du principe de non rétroactivité est donc bien réservée à la loi.

Niant que la loi ait pu avoir pour objet ou pour effet d'inviter le pouvoir réglementaire à s'affranchir de ce principe, P. Laurent confirme son raisonnement en constatant qu'au contraire le législateur a interdit que les décrets-lois attentent aux matières réservées à la loi. Et le Conseil d'État d'annuler logiquement la partie du décret de 1955 conférant le caractère rétroactif.

Cette décision doit être rapprochée de l'arrêt *Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie* ¹⁰⁵. Celui-ci admet que des décrets, édictés sur le fondement de la loi du 16 mars 1956 (autorisant à prendre diverses mesures d'ordre économique et social par décret pouvant modifier ou abroger les lois en vigueur) peuvent déroger « à des principes généraux du droit ayant valeur législative » ; en conséquence, il rejette des moyens tirés de ce que le décret attaqué porterait atteinte « au principe de l'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi qu'aux principes résultant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du Préambule de la Constitution ».

La solution retenue paraît contraire à celle de l'arrêt du 16 mars 1956. Tant et si bien qu'on a pu se demander si elle ne condamnait pas « celle précédemment dégagée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Garrigou* » ¹⁰⁶. En réalité, la contradiction n'est qu'apparente puisque, comme le soulignent les auteurs de la question eux-mêmes, dans l'affaire *Garrigou* « la loi d'habilitation – celle du 14 août 1954 – contenait bien la réserve absente dans la loi du 16 mars 1956 » ¹⁰⁷. Et d'ailleurs, l'arrêt de 1958 prend soin de préciser qu'il statue « en l'absence de réserves ».

La clause de sauvegarde a donc bien pour effet de limiter l'irruption du pouvoir réglementaire au sein de la réserve de loi : elle encadre son intervention et permet de censurer les éventuels débordements. Mais cette affirmation n'est valable que dans le silence de la loi, c'est-à-dire dans les cas où la loi n'autorise pas expressément et spécifiquement la réglementation d'une matière, pourtant réservée à l'acte législatif. Or, comme le remarque le professeur Pactet ¹⁰⁸, sous la IV^e République, « certaines lois d'habilitation transgressent le principe selon lequel différentes matières sont réservées à la loi par la tradition républicaine ».

On s'aperçoit alors que, dans ce cas, la « réserve de la réserve » n'offre plus de protection satisfaisante.

104 CE 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, GAJA n° 71.

105 7 février 1958, *Rec.* p. 74 ; AJDA 1958, II, 130, conclusions Grévisse.

106 FOURNIER et COMBARNOUS, « chronique générale de jurisprudence », AJDA 1958, II, 220.

107 R. Bourdoncle attribue lui aussi au « silence complice du législateur » quant à la réserve de loi, l'admission, dans l'espèce du 7 février 1958 de l'intervention du règlement – note sous CE, 19 décembre 1958, D. 1959, J, 558.

108 « La loi, permanence et changements », contribution aux *Mélanges Chapus*, p. 503, Monchrestien, Paris, 1992.

B. - La portée de la protection

La réaffirmation par la loi de l'existence de matières auxquelles le règlement ne pourrait porter atteinte n'est pas suffisante pour s'opposer à l'intention précise du législateur de conférer à l'exécutif des pouvoirs de réglementation en ces matières. Ainsi peut être résumée la jurisprudence du Conseil d'État relative à la solution de l'antagonisme, au sein même de la loi, entre la clause de protection et l'habilitation au profit du règlement sur un secteur réservé.

Plusieurs arrêts sont caractéristiques de cette position.

Il a par exemple été décidé que l'article 7 de la loi du 14 août 1954 ne s'oppose pas à ce que le Gouvernement procède à des majorations d'impôts, malgré le principe de légalité fiscale. En effet, « il résulte tant des termes mêmes (des) dispositions (de la loi de 1954) que des travaux préparatoires qui en éclairent la portée, qu'en accordant au Gouvernement le pouvoir de procéder à l'aménagement des charges et obligations sociales et fiscales, le Parlement a entendu l'autoriser » à accomplir de telles modifications ¹⁰⁹. Pourtant, dans l'affaire du 16 mars 1956, le commissaire du Gouvernement avait pris soin de relever que « le vote de l'impôt est le monopole du législateur » ¹¹⁰.

Cette même réserve des matières réservées à la loi, inscrite dans la loi de 1954, n'exclut pas non plus une extension, par voie décrétoire, de certains impôts à des personnes et opérations jusque là non imposables. C'est ce que devait décider le Conseil d'État, en reprenant la motivation de l'arrêt *Garrigou*, dans la décision *Sieur Bouille* ¹¹¹.

Il faut donc conclure, avec le conseiller Tricot, que « si la loi comporte la réserve des domaines traditionnellement législatifs, cette disposition doit s'interpréter avec souplesse et ne peut pas faire échec à la mise en œuvre de dispositions précises » ¹¹².

Effectivement, le raisonnement implicitement contenu dans les deux arrêts précédents se fonde sur l'utilisation de la technique d'interprétation générale : la clause de protection est considérée comme disposition générale par rapport à l'habilitation. Ainsi, s'agissant de la loi de 1954, le pouvoir gouvernemental de « procéder à des aménagements fiscaux » ¹¹³ doit s'entendre comme dérogeant à la mention des matières réservées ¹¹⁴. C'est cette analyse qui a permis de valider les deux violations du principe de légalité fiscale que présentaient les affaires *Garrigou* et *Bouille*.

Cette utilisation de l'adage *lex specialis* a parfois été expressément affirmée par le Conseil d'État, à propos justement de cette même loi du 14 août 1954.

À l'occasion de l'arrêt du 7 mars 1958, *Confédération nationale des associations de sinistrés* ¹¹⁵, l'Assemblée affirme que « si la loi du 14 août 1954 a interdit au gouvernement de porter atteinte « aux matières réservées à la loi... », en tout état de cause cette réserve générale ne pouvait pas faire obstacle à l'exercice par le dit gouvernement des pouvoirs que lui conférait la disposition spéciale de la même loi l'autorisant à édicter, pour les fins envisagées des mesures relatives à la reconstruction immobilière ».

109 Arrêts *Garrigou*, précité et *sieur de Laboulaye* du 3 juillet 1957, *Rec.* p. 434.

110 Conclusions précitées.

111 18 mars 1959, RA 1959, p. 160, note G. LIET-VEAUX.

112 Conclusions précitées sur CE 18 juin 1958.

113 Article 1, 2°.

114 Article 1, 5°.

115 *Rec.* p. 152.

Une jurisprudence identique, fondée sur la même dialectique, devait être réitérée dans la décision du 10 octobre 1958, *Union de la propriété bâtie de France*¹¹⁶ et dans celles du 3 juin 1960, *Sieur Gabolde*¹¹⁷ et du 20 octobre 1967, *Époux Domnée*¹¹⁸.

Il résulte de l'ensemble de ces arrêts que le Conseil d'État résout le conflit entre la réserve et l'habilitation, au profit de cette dernière, sans même se demander si la technique de la *lex specialis* peut être utilisée entre des normes situées à des niveaux différents au sein de l'ordonnancement. En effet, comme il a été dit, l'intégration des matières réservées ne fait que reproduire une exigence constitutionnelle : la réserve de loi, avant d'être inscrite dans des lois, est d'abord instituée par la Constitution. Dans ces conditions, confronter à la réserve de loi l'autorisation spéciale conférée au pouvoir réglementaire revient à confronter une disposition de loi à la Constitution, chose que la juridiction administrative se refuse à accomplir¹¹⁹.

La motivation utilisée pour refuser de censurer les actes réglementaires intervenus, après habilitation, sur une matière objet de la réserve ne nous paraît donc pas pertinente.

Plutôt que de considérer qu'une disposition a pu déroger à un élément qui est en réalité de nature constitutionnelle, le Conseil d'État aurait mieux fait de se retrancher derrière le principe selon lequel il ne peut connaître du procès de la loi. À cela on pourrait encore nous opposer que le résultat eût été le même et que, là non plus, la juridiction administrative n'aurait pu faire obstacle à la mise en œuvre de l'autorisation législative. Toutefois, ce raisonnement aurait eu le mérite de limiter la pénétrabilité de la réserve de loi. En évitant de considérer comme abrogé, sur le point particulier qui concerne l'habilitation, l'impératif du recours à la loi, elle permet à celui-ci de conserver toute sa vigueur. De la sorte, apparaît clairement l'inconstitutionnalité de l'autorisation accordée au pouvoir réglementaire. Et si le juge ne peut qu'appliquer une loi même inconstitutionnelle, il s'efforce aussi d'interpréter celle-ci, profitant de ses silences ou de ses contradictions, conformément à la Constitution. De cette façon, vu l'absence de précisions quant aux pouvoirs dévolus au Gouvernement, il eût été facile de décider que le législateur n'avait pu avoir pour volonté de transgresser la norme constitutionnelle définissant son propre domaine, et ce en parfaite conciliation avec la réaffirmation de l'existence de cette réserve. On aurait ainsi abouti à une interprétation restrictive des pouvoirs de l'Exécutif, limitant ses empiétements sur le domaine de la loi.

Au contraire, retenir l'habilitation comme une dérogation conduit à éclipser totalement la théorie des matières réservées à la loi et sa dimension constitutionnelle.

Cependant, quelles que soient les critiques que l'on peut adresser à cette jurisprudence, il faut remarquer qu'elle n'a pas été sans descendance sous la V^e République. En effet, forte est la tentation de la comparer à cette partie de la théorie de la loi-écran qui permet de valider les interventions de l'Exécutif au sein

¹¹⁶ Rec. p. 480.

¹¹⁷ Rec. p. 381.

¹¹⁸ Rec. p. 382. Voir aussi les conclusions Rigaud à l'AJDA 1968, I, 18, spécialement p. 20. Pour F. BATAILLER, le juge administratif a résolu la contradiction entre la clause de réserve et la disposition habilitatrice de façon classique : « Fidèle à ses méthodes habituelles d'interprétation, il donne la priorité à la disposition spéciale qui déroge au principe général » — *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, BDP 68, LGDJ, Paris, 1966, p. 478.

¹¹⁹ CE 17 février 1936, précitée.

des matières réservées à la loi par les articles 34 et autres de la Constitution. Certes, dans cette dernière hypothèse et à l'inverse de ce qui se passe pour la « réserve de la réserve », c'est l'impossibilité de procéder à un contrôle de constitutionnalité de la loi qui est directement invoquée. Mais il n'en demeure pas moins que les résultats sont identiques dans les deux cas (impossibilité de tirer les conséquences contentieuses d'une violation de la réserve de loi).

Le conseiller Braibant a d'ailleurs eu l'occasion de montrer la transition entre les décisions rendues au titre des matières réservées à la loi sous le régime des Constitutions de 1946 et de 1958. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Conseil national de l'Ordre des médecins* du 13 juillet 1962¹²⁰, il énonce que si l'ordonnance de 1958 autorise « le Gouvernement à prendre des mesures qui relèvent, par leur nature, du domaine de la loi, vous devez admettre l'existence de cette habilitation, sans pouvoir en contrôler la constitutionnalité. C'est l'attitude que vous avez adoptée à l'égard des lois de pleins pouvoirs de la IV^e République, qui, après avoir posé en principe que les matières réservées à la loi par la Constitution et la tradition républicaine n'étaient pas déléguées, permettaient au Gouvernement de prendre des mesures fiscales, ... » ; et G. Braibant de terminer sa comparaison : « la même solution doit s'appliquer au régime actuel, ainsi que vous l'avez jugé dans une décision de Section *Daunizeau* du 27 janvier 1961 »¹²¹.

Incontestablement, les arrêts issus de la jurisprudence *Garrigou* ont préfiguré la solution que devait retenir le Conseil d'État, sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958, concernant les habilitations ouvrant au pouvoir réglementaire des matières appartenant à la loi.

Le schéma ainsi dressé laisse apparaître un bilan nuancé. S'il a pu être écrit que le législateur avait conçu la mention de la réserve au sein de ses lois d'habilitation comme une simple clause de style dont il n'espérait pas d'effets pratiques¹²², la réalité du contrôle juridictionnel a (seulement) partiellement démenti ce pronostic.

Effectivement, il est nécessaire de distinguer selon le destinataire de la norme : la référence à la réserve pourra s'imposer au pouvoir réglementaire, mais en aucun cas à la loi elle-même. C'est-à-dire que s'il existe une disposition législative qui couvre l'intervention du règlement au sein de la réserve, celle-ci devient inefficace : la dimension constitutionnelle de la réserve est éludée.

§ 2 - EN L'ABSENCE D'UNE CLAUSE DE PROTECTION

La réserve de loi existe indépendamment de son inscription dans une disposition législative. C'est effectivement le principal apport de l'avis de 1953 que d'avoir montré le fondement constitutionnel direct de cette institution.

Il en résulte que cet impératif constitutionnel du recours à la loi est présent au sein de l'ordonnancement, nonobstant le silence du législateur. Reste à

¹²⁰ Rec. p. 47 ; RDP 1962, p. 739, conclusions Braibant.

¹²¹ Une démonstration identique est faite lors des conclusions sur l'arrêt *Caisse centrale de secours mutuel agricole et UNAF* du 27 octobre 1964, *Droit Social* 1965, p. 329, conclusions Braibant. Dans cette affaire, le commissaire du Gouvernement parle même à ce propos de transposition de jurisprudence.

¹²² J. DONNEDIEU DE VABRES, « Des demi-décrets-lois aux pleins pouvoirs », *D.* 1953, chron. p. 137.

examiner qu'elle est l'influence de cette norme constitutionnelle sur le contrôle du pouvoir réglementaire, compte tenu de l'interposition de la loi.

On s'aperçoit alors qu'il existe incontestablement des limites à l'intervention de l'Exécutif. Cependant, comme dans l'hypothèse précédente, si la pénétration de la réserve est couverte par la loi, le règlement ne pourra être sanctionné.

Avant d'examiner ces deux thèmes, il nous faut préciser qu'aucun sort particulier ne sera fait, dans cette partie, au règlement d'administration publique (RAP). Ce parti pris pourrait sembler surprenant dans la mesure où le recours au RAP permettrait, selon la doctrine éminente, une extension du pouvoir réglementaire¹²³. Pourtant, il se justifie par le fait que la technique du RAP s'est prolongée sous la V^e République. Aussi, l'étudierons-nous ultérieurement de façon spécifique¹²⁴.

A. - Les limitations du règlement d'application des lois

Il est certain que le règlement d'application comporte une dimension créatrice vis-à-vis de la loi qu'il est chargé de développer. Cette remarque n'est d'ailleurs que la simple résultante de la théorie de la formation du droit par degrés¹²⁵.

Dans ces conditions, la question se pose des limites au caractère novateur du règlement. Plus précisément, « à quel moment précis encourt-il le reproche d'illégalité ou d'incompétence par empiètement sur la compétence exclusive du législateur ? »¹²⁶.

La jurisprudence s'est efforcée de répondre à cette interrogation à l'occasion des cas concrets soumis aux juridictions, sans élaborer « une théorie complète des limites du pouvoir réglementaire dans l'édition des règlements d'application des lois »¹²⁷. Il existe cependant un certain nombre de tendances.

En premier lieu, les règlements mettant à la charge des administrés des obligations qui ne peuvent leur incomber qu'en vertu d'une loi, encourrent l'annulation.

Tel est le cas d'un arrêté du ministre du Travail modifiant l'ordre des compétences contentieuses, le législateur étant seul qualifié pour ce faire¹²⁸.

De même, a empiété sur le domaine de la loi, un arrêté du gouverneur général en Algérie qui, habilitant des agents de l'office du cuir à opérer des perquisitions dans les habitations, a édicté des prescriptions constituant « des atteintes aux libertés fondamentales des citoyens et ne pourraient être valablement édictées que par la loi », nonobstant l'ordonnance du 6 juillet 1943 ayant « pour effet d'accorder aux autorités responsables les pouvoirs les plus larges en vue d'adapter l'organisation économique aux circonstances exceptionnelles nées de la guerre »¹²⁹.

« Les règles relatives à la prescription des droits de créance ressortissent par nature à la loi », le préfet est donc incompétent pour instituer une déchéance

123 Cf. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, 1976-81, p. 348 et s.

124 Voir *infra*.

125 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 314 et s.

126 M. WALINE, « Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétence et limite) », *RDP* 1958, p. 507.

127 M. WALINE, *op. cit.*, p. 512.

128 CE, 5 mars 1948, *Fédération nationale des entreprises à commerce multiple*, *Rec.* p. 121.

129 CE, 17 décembre 1948, *Azoulay*, *RDP* 1949, p. 76, note Waline.

particulière¹³⁰. Et « l'institution d'un monopole ne pourrait résulter que d'une loi »¹³¹.

Une des dernières décisions rendues pour la période considérée, au titre de cette jurisprudence est l'arrêt *Duval* du 25 octobre 1957¹³². L'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1937, instituant une caisse de retraite pour les clercs de notaire, avait renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de définir notamment les modalités des contrôles inhérents au recouvrement des cotisations. Le décret du 5 juillet 1952, dont la légalité était contestée, avait mis à la charge des notaires les frais des inspections auxquelles il aura été procédé dans leurs études. Ce faisant, d'après le Conseil d'État, il « met à la charge de ces notaires une obligation qui ne pouvait leur être imposée que par la loi », ce qui justifie son annulation. Selon son commentateur, la décision de l'Assemblée plénière est motivée par le caractère fiscal de la contribution créée par le décret de 1952¹³³. Implicitement, la Haute juridiction administrative a donc fondé son raisonnement sur le non respect du principe de légalité fiscale.

Ultérieurement, le Conseil d'État accueillera une demande de déclaration d'illégalité contre le décret du 8 juin 1951 pris pour l'application de cette même loi du 12 juillet 1937, en tant qu'il « met à la charge des notaires une obligation qui ne pouvait leur être imposée que par la loi » lorsqu'il prévoit que le nouveau titulaire d'un office notarial est redevable de tous les arriérés de cotisations¹³⁴.

La règle est ainsi établie que le pouvoir réglementaire, s'il peut faire œuvre normative en ajoutant à la loi qu'il est chargé de compléter, ne peut « traiter à cette occasion des matières réservées au législateur »¹³⁵. La réserve de loi s'oppose à ce que l'Exécutif déborde de la mission que lui a assignée la loi et profite du renvoi législatif pour se substituer au Parlement.

Les arrêts *Duval* et *Azoulay* s'inscrivent d'ailleurs dans un courant jurisprudentiel. Ceci permet à C. Rossillon d'affirmer que « le Conseil d'État a toujours sanctionné les dispositions de règlements complémentaires qui, au dessein d'assurer la mise en œuvre de telle loi, pénétraient dans le "domaine législatif" »¹³⁶.

Au sein de cette jurisprudence, la motivation de l'arrêt *Jammes*¹³⁷ doit être remarquée. Dans cette espèce, le Conseil d'État vérifie que le décret en cause n'ajoute pas aux obligations légales des citoyens des charges « qui, en raison de leur nature ou de leur importance, ne pourraient être imposées que par voie législative ». Tel est donc le critère qui permet de déterminer si le règlement n'a pas excédé les pouvoirs qu'il détient. Et c'est au juge qu'il revient d'apprécier la nature et l'importance des obligations mises à la charge des administrés.

Tout en prenant acte du caractère normatif des actes de l'Exécutif, ce critérium prend en compte l'aspect exécutif du règlement d'application des lois.

130 CE, 9 mars 1956, *Sieur Cochard*, *Rec.* p. 112.

131 CE, 16 novembre 1956, *Sté des grandes tuileries Perruson*, *Rec.* p. 441.

132 *Rec.* p. 556 ; *RDP* 1958, p. 515, note Waline.

133 M. WALINE, *op. cit.*, p. 512.

134 CE, 14 mai 1993, *Beaumanoir*, *Rec.* p. 154. Rendu sous la V^e République, cet arrêt se prononce à l'aune du droit existant lors de l'édition du décret litigieux, c'est-à-dire sous l'égide de la Constitution de 1946 (L'analytique du « chapeau » de l'arrêt dans le Recueil Lebon est donc inexact en tant qu'il fait référence aux articles 34 et 37).

135 A. DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1953, p. 198.

136 Note sous CE, 12 décembre 1953, *D.* 1954, J. 511. Voir l'énumération des arrêts statuant en ce sens, recensés par cet auteur.

137 12 novembre 1954, *Rec.* p. 585.

En effet, il limite à un double égard les possibilités, pour ce type de règlement, d'apporter des novations par rapport au droit en vigueur.

Au titre du contrôle relatif à l'importance des charges, la juridiction administrative est amenée à vérifier qu'il existe bien une connexion entre les principes posés par la loi et les dispositions réglementaires prises pour son application. Autrement dit, un rapport doit être établi entre la loi et le règlement afin de déterminer l'importance du caractère normatif de celui-ci relativement à celle-là. C'est l'intensité de ce rapport qui traduit l'ampleur du lien unissant l'acte législatif à sa norme d'application. Dans le cas où la corrélation est faible, on peut considérer que l'aspect créateur l'emporte sur le caractère d'application ; le règlement comporte alors des dispositions « autonomes » dans la mesure où elles ne sont pas directement issues de la loi. Les normes édictées sont effectivement trop éloignées, de par leur importance, des dispositions législatives, et sont dès lors censurées.

Ceci aboutit à reconnaître que la création de normes lors de l'application de la loi est conditionnée par le contenu législatif. Ainsi, le règlement ne peut-il que compléter (afin de les concrétiser) les charges et obligations instituées par la loi, sans pouvoir les modifier en quoi que ce soit.

Le cas des décrets ayant institué des discriminations non prévues constitue une hypothèse particulière de distorsion entre la loi et ses règlements d'application. L'arrêt *Sieur Houyez* en constitue une bonne illustration¹³⁸. Cette décision considère que manque de base légale un décret fixant un coefficient d'imposition différent selon la forme juridique de l'entreprise, alors que la loi pour l'application de laquelle il a été édicté, n'autorisait des distinctions qu'en fonction des différentes branches d'activité. Le silence de la loi n'autorise pas le pouvoir réglementaire à créer, par lui-même, des distinctions (on retrouve là l'adage *ubi lex non distinguit...*). Il doit se cantonner à mettre en œuvre celles qui trouvent leur origine dans la loi.

Mais cette solution s'explique aussi par le recours au principe d'égalité. Celui-ci est considéré alors comme un principe général du droit, ce qui aboutit à ce que seule la loi peut y apporter une dérogation. De la sorte, existe une réserve de compétence au profit du législateur, ce qui nous amène au contrôle de la nature des charges imposées par le pouvoir réglementaire.

Effectivement, le deuxième élément pris en considération pour déterminer si le règlement n'empiète pas sur le domaine de la loi consiste à déterminer la nature des obligations qu'il institue. Cette notion fait directement appel à la réserve de loi. Il s'agit seulement de vérifier que les dispositions décrétales n'ont pas une nature fiscale¹³⁹, pénale, etc..., c'est-à-dire, qu'elles ne réglementent pas une matière réservée au législateur. On considère ici le secteur normatif sur lequel intervient l'Exécutif.

L'ensemble de ces éléments, combiné à l'impossibilité pour le règlement de statuer *contra legem*, constitue donc des limitations strictes aux capacités normatives du Gouvernement. Ils permettent de borner le pouvoir d'application de la loi et de protéger corrélativement l'intégrité du domaine législatif.

Cependant, à l'instar de ce qui survient avec les clauses de sauvegarde, la jurisprudence précédente n'est apte à s'opposer qu'aux intrusions non désirées du règlement. En effet, elle ne permet pas de censurer ceux de ces actes qui, tout en

¹³⁸ CE, Section, 23 novembre 1951, *Rec.* p. 547.

¹³⁹ Par exemple, le Conseil d'État vérifie qu'un règlement de 1957 pris sur renvoi de la loi du 7 octobre 1946, ne présente pas un caractère fiscal (CE, 3 juillet 1959, *Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs*, *Rec.* p. 420).

empiétant sur le domaine de la loi, trouvent une base légale dans la volonté du législateur. Ainsi, dans l'arrêt *Duval*¹⁴⁰, le Conseil d'État, après avoir considéré qu'il s'agissait d'une obligation qui ne pouvait être imposée que par la loi, précise : « ou en application d'un règlement auquel le législateur aurait donné ce pouvoir » ; l'existence d'un tel renvoi aurait permis de rejeter la requête.

Ce n'est que dans le silence de la loi que le Conseil d'État peut cantonner les règlements pris pour son application à un rôle purement exécutif. Dans le cas contraire, la volonté du législateur prévaut et délie le gouvernement des limites inhérentes à l'exécution de la loi.

Le système dégagé par la jurisprudence repose entièrement sur la condition que la loi ne renonce pas, à l'occasion des renvois qu'elle opère au profit du règlement, à la compétence qui lui est assignée. En effet, une fois la loi votée, le Conseil d'État valide toutes les innovations indispensables pour la réalisation de ses dispositions.

B. - La notion « d'innovations indispensables pour la réalisation des dispositions de la loi »

Si la jurisprudence précédente, relative à la nature et à l'importance des charges est restrictive du pouvoir réglementaire, celle sur les « innovations indispensables » constitue au contraire un facteur d'accroissement du champ d'intervention du règlement, y compris (et surtout) à propos de la réserve de loi.

Comme l'énonce J.-C. Venezia « avant 1958, il était admis que les règlements d'application des lois pouvaient exceptionnellement contenir des innovations relevant normalement du pouvoir législatif à la condition que ces innovations apparaissent indispensables pour la réalisation des dispositions mêmes de la loi »¹⁴¹.

Prenant en compte, là encore, le caractère créateur de la norme réglementaire, cette notion valide toute innovation, du moment qu'elle est indispensable à la bonne application de la loi. Dès lors qu'il existe un lien logique fondé sur l'indissociabilité du contenu de la loi par rapport à celui du règlement, ce dernier ne pourra être censuré pour défaut de base légale.

L'idée sous-jacente à cette jurisprudence est que la réglementation d'une matière doit être envisagée sous un angle unitaire : le règlement collabore avec la loi afin de permettre, pour sa concrétisation, son effectivité. Ce faisant, « l'Exécutif doit détenir l'ensemble des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission » afin de « pallier les déficiences éventuelles de la loi »¹⁴².

En effet, il s'agit bien de compléter la loi par voie décrétales et de suppléer ses carences en lui substituant des dispositions réglementaires. Sans celles-ci, le mécanisme global, voulu par le législateur, serait défectueux. Ceci explique la condition de nécessité exigée du règlement par rapport à la loi, et qui s'exprime par le vocable « d'innovations indispensables ».

Comme le montre le professeur Douence, l'origine de cette notion peut être recherchée dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Ettore sur l'arrêt *Union des voies ferrées et des transports automobiles*¹⁴³. Le règlement

¹⁴⁰ Précité.

¹⁴¹ « Les mesures d'application », contribution aux *Mélanges R. Chapus*, Monchrestien, Paris, 1992, p. 673.

¹⁴² J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, thèse, Bordeaux, 1965, p. 204 et 205.

¹⁴³ 26 avril 1929, S. 1930, 3, 50, conclusions Ettore et RDP 1929, p. 319.

d'administration publique du 9 janvier 1926 avait déterminé l'âge maximum pour la reconnaissance de la qualité d'apprenti. Ceci permettait de définir les entreprises astreintes à la taxe d'apprentissage, instituée par la loi du 13 juillet 1925. « Bien qu'il détermine l'assiette d'un impôt, opération normalement réservée à la loi »¹⁴⁴, le règlement en cause n'est pas censuré. En effet, pour le commissaire du Gouvernement, « 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 »¹⁴⁵.

Dans ce cas, la sélection de l'âge constitue, sans aucun doute, une novation par rapport à la loi, qui ne renvoie même pas expressément sur ce point au décret. Qui plus est, elle intervient sur un élément de l'imposition censé relever de la loi, en vertu du principe de légalité fiscale. Mais il n'en est pas moins sûr que cette disposition constitue un élément indispensable à l'application de la loi, sans lequel ce texte resterait lettre morte.

C'est dans l'affaire des vaccinations que le Conseil d'État devait faire l'application la plus fameuse de cette théorie.

Par une série d'arrêtés du 12 décembre 1953¹⁴⁶, la juridiction du Palais-Royal a tranché la question de la légalité des dispositions du décret du 9 juillet 1951, instituant une séparation prophylactique à propos de la vaccination par le BCG.

La loi du 5 janvier 1950, après avoir édifié en obligation, pour certaines catégories de personnes, la vaccination antituberculeuse, renvoyait, par son article 7, au gouvernement le soin de préciser ses modalités d'application, « notamment en ce qui concerne la technique de la vaccination, ses contre-indications éventuelles, la pratique des revaccinations, le contrôle des réactions tuberculiniques avant ou après la vaccination et le contrôle de ces vaccinations... ».

Sur ce fondement, le décret de 1951 a prévu une séparation obligatoire, pendant un certain délai, du sujet à vacciner du milieu où il vit, lorsque ce dernier comporte des risques de contagion.

Les auteurs des différentes requêtes soutenaient que cette mesure décrétaie ne trouvait aucune base légale dans la loi. Au surplus, en tant qu'elle porte atteinte à la liberté individuelle, elle n'aurait pu être édictée que par la loi.

Malgré ces considérations, le Conseil d'État rejette les arguments invoqués contre cette disposition, et ce « alors même qu'elle est susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle », selon ses propres constatations. En effet, il s'agit d'une « mesure indispensable pour garantir l'efficacité et l'innocuité de la vaccination ; ... elle doit donc être regardée comme faisant partie intégrante de la technique de la vaccination, matière pour laquelle le législateur a prévu expressément, ... que le Gouvernement ferait usage de son pouvoir de réglementation ».

Ici encore, la séparation prophylactique apparaissait nécessaire à la réalisation des objectifs recherchés par le législateur en instituant la vaccination par le BCG. Le règlement étant prévu comme le complément de la loi, il se devait de parfaire celle-ci, par le recours aux solutions techniques adéquates, afin de maximiser les résultats escomptés. En l'espèce, c'est la science médicale qui

impose le recours à de telles pratiques, sous peine de réduire à néant tout le dispositif de vaccinations. Le point frappant de cette solution réside dans le fait qu'elle consacre une extension des compétences réglementaires, au détriment, comme le reconnaît l'Assemblée elle-même, d'une matière réservée à la loi (la liberté individuelle), et ce « en l'absence d'une véritable habilitation législative »¹⁴⁷.

En effet, si le décret déferé se fonde bien sur le renvoi qu'opère l'article 7 de la loi, celle-ci ne contenait nullement l'embryon de la séparation prophylactique, et autorisait encore moins l'Exécutif à intervenir sur le domaine de la loi.

Pourtant, le Conseil d'État interprète comme tels les pouvoirs du Gouvernement, par l'analyse de la volonté implicite du législateur. Ce dernier est présumé avoir à l'esprit l'ensemble des données techniques relatives à la vaccination antituberculeuse. Ce faisant, l'adoption législative du principe de la vaccination par le BCG est censée emporter adhésion à l'ensemble du processus qui lui est afférent (considérant que ce processus est nécessaire, du point de vue médical, à la réalisation du principe posé).

Peut-on, pour autant, affirmer que cette jurisprudence tente de « concilier l'efficacité qu'il faut donner à de telles prescriptions, prises dans l'intérêt général de la santé publique, avec le respect des règles traditionnelles d'après lesquelles seule la loi peut autoriser une atteinte aux libertés et aux droits individuels » ?¹⁴⁸

En réalité, cette conciliation est déséquilibrée au détriment de l'intégrité du domaine de la loi, et au profit de la nécessité de la réglementation.

Pour C. Rossillion, il s'agit d'une solution « profondément neuve »¹⁴⁹, qui rompt avec la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, interdisant au règlement de se substituer à la loi sans autorisation précise de sa part. Il est vrai que cette jurisprudence est contraire à celle précédemment exposée, relative aux limites du pouvoir réglementaire. Effectivement, comme il a été dit, aucune disposition précise de la loi n'autorisait l'Exécutif à instituer une mesure qui ne pouvait être imposée que par la loi, considération faite de sa nature attentatoire à la liberté individuelle. On est donc en droit de penser que la Haute juridiction administrative a quelque peu assoupli ces conditions afin de permettre au Gouvernement de faire face aux impératifs cruciaux de santé publique et de prophylaxie. D'ailleurs, le terme « indispensable » évoque la nécessité.

Cette jurisprudence s'est pourtant poursuivie sous la V^e République. L'arrêt *Ligue Nationale pour la liberté des vaccinations* l'illustre nettement¹⁵⁰. En instituant, par l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1964, l'obligation de vaccination antipoliomyélitique, le législateur avait prévu qu'un décret fixerait les conditions dans lesquelles cette vaccination serait obligatoire. Aussi, le décret du 19 mars 1965 avait-il rendu applicable à ce type de vaccination le décret de 1952, relatif à la vaccination antidiphtérique, antitétanique et antityphoïdique qui prévoyait

147 C. ROSSILLION, note précitée, p. 514.

148 Conclusions Long, sur CE 4 juillet 1958, *Sieur Graff et époux Reyes*, JCP 1959, II, 11117 ; dans cette affaire, relative à la légalité de décisions refusant l'accès de l'école à des enfants qui n'étaient pas en mesure de justifier de vaccinations antitétanique et antidiphtérique, le commissaire du Gouvernement considère qu'il s'agit « d'une mesure portant atteinte aux libertés », et donc qu'elle « ne peut trouver sa source que dans la loi ». Mais, en l'espèce, il existait un fondement légal explicite au décret en cause, les articles L 6 et L 7 du Code de la Santé prévoyant qu'un certificat de vaccination devra être fourni lors de l'admission dans toute école.

149 Note précitée

150 AJDA 1968, II, 166, note G. PEISER ; JCP 1967, II, 15303, conclusions Galmot.

144 J.-C. DOUENCE, *op. cit.*, p. 204.

145 Conclusions précitées, S. 1930, 3, 52.

146 UNAF, *Rec.* p. 545 ; *Confédération nationale des associations catholiques des chefs de famille*, D. 1954, J, 511, note Rossillion ; *Rolin, Bellanger, Perraud, Arsac*, non publiés.

notamment que l'admission d'un enfant au sein d'un établissement scolaire serait subordonnée à la présentation de certificats de vaccinations ; dans le cas contraire, les vaccinations réglementaires seraient effectuées dans un délai de trois mois.

Pour le conseiller Galmot, de telles obligations, susceptibles de faire obstacle à l'admission d'un enfant, portent atteinte à certaines libertés fondamentales que l'article 34 place dans le domaine de la loi ¹⁵¹. Cependant, alors même que la loi de 1964 ne prévoyait aucunement la subordination de l'accès à l'école à la production d'attestations de vaccination antipoliomyélitique ¹⁵², le Conseil d'État valide ces dispositions au motif que « le législateur a entendu donner au Gouvernement les pouvoirs les plus larges pour prendre les mesures propres tant à assurer, dans les conditions techniques les meilleures, la vaccination antipoliomyélitique qu'à faire respecter par les particuliers, dans l'intérêt de la santé publique, l'obligation de cette vaccination ».

Comme le remarque le professeur Peiser, « en fin de compte, la jurisprudence est la même qu'avant 1958. On en revient à l'arrêt de 1953 et à cette idée "d'innovations indispensables pour assurer effectivement l'application de la loi" » ¹⁵³.

Finalement, deux tendances se dégagent de l'ensemble de cette jurisprudence.

D'une part, la juridiction administrative, à la suite notamment de l'avis de 1953, prend conscience qu'un certain nombre de matières sont réservées à la loi du fait de normes *supra*-législatives. Cette donnée est renforcée par le législateur lui-même qui réitère parfois, au sein de ses textes, cette exigence.

Ce faisant, le Conseil d'État annule les actes réglementaires édictés en violation de la réserve de loi. Mais l'absence de contrôle de constitutionnalité confirme la souveraineté de la loi pour définir le champ d'intervention du règlement. Aussi, la juridiction administrative ne peut-elle que s'incliner devant la volonté du législateur de renoncer à ses prérogatives au profit du pouvoir réglementaire. Ceci témoigne clairement de l'inefficacité de la protection de la Constitution par le seul législateur. La nécessité d'une juridiction constitutionnelle, prompt à faire respecter la délimitation constitutionnelle entre législatif et exécutif, apparaît corrélativement.

D'autre part, et à l'inverse de la tendance précédente, il ressort que le Conseil d'État prend en considération la nécessité de l'intervention de l'Exécutif pour répondre à des impératifs sociaux. Celui-ci est ainsi autorisé à pallier les carences de la loi, voire à se substituer au législateur, sans autorisation expresse, pour porter atteinte à des matières qui relèvent de son domaine, dès lors que la réglementation est indispensable. On retrouvera ultérieurement ce type de jurisprudence, qui tient compte des besoins de l'action gouvernementale, quitte à assouplir certaines normes.

¹⁵¹ On notera d'ailleurs la continuité de la réserve de loi dans cette matière. En effet, avant même la Constitution de 1958, le président Long, dans ses conclusions sur les arrêts précités du 4 juillet 1958, considérait déjà que ces mêmes mesures d'exclusion ne pouvaient trouver leur source que dans la loi.

¹⁵² A l'inverse des articles L 6 et L 7 du Code de la santé publique, relatifs aux vaccinations antidiphthériques et antitétanique, cf. *supra*.

¹⁵³ Note précitée, p. 168.

Chapitre II

L'INDISPONIBILITÉ DE LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE SOUS LA V^e RÉPUBLIQUE

La détermination de matières réservées à la loi se présente immédiatement comme une attribution de compétences au profit du législateur, qui s'impose aux autres organes étatiques, et en particulier aux prétentions normatives de l'Exécutif. Dans un premier temps, elle peut s'analyser en une limite à toute intervention unilatérale, dans les matières qui en sont l'objet, d'un pouvoir autre que le pouvoir législatif. C'est-à-dire qu'elle constitue le moyen juridique de la sanction d'un empiètement sur les facultés normatives parlementaires.

Plus précisément, les juridictions seront amenées à annuler tout acte réglementaire intervenu de façon spontanée, sans couverture légale (soit qu'il n'existe aucune loi préalable susceptible de lui fournir une quelconque habilitation, soit parce que le règlement excède l'habilitation légale, ce qui aboutit au même point que l'hypothèse précédente), qui empiéterait sur les matières que la Constitution définit comme législatives.

F12 Ainsi, la Constitution de 1958, en prévoyant les matières réservées à la loi, a modifié le niveau hiérarchique de l'examen de la légalité externe de l'acte réglementaire, en ce qui concerne la vérification de la compétence de son auteur : désormais, c'est aux articles 34 et 37 de la Constitution qu'il faut se référer pour savoir si le règlement litigieux n'a pas commis un excès de pouvoir en empiétant sur l'espace législatif, et non plus seulement à la loi comme avant 1958. Et toute violation par l'Exécutif de l'intégrité du champ réservé à la loi constitue une incompétence, susceptible d'aboutir à l'annulation ou à l'inapplication de l'acte.

De la sorte, l'opposabilité des matières réservées à la loi à l'endroit du pouvoir exécutif s'intègre naturellement au contentieux de la légalité du règlement. La définition du domaine législatif devient seulement une donnée supplémentaire du contrôle juridictionnel du règlement.

C'est cette intégration des normes constitutionnelles à un contentieux préexistant qui explique que les Constituants n'aient pas éprouvé le besoin de prévoir un mécanisme particulier de défense de la compétence législative face à d'éventuels empiètements de l'Exécutif, contrairement à l'hypothèse où c'est le législateur qui s'approprierait un espace réglementaire ¹⁵⁴. En effet, les juridictions ordinaires ¹⁵⁵ sont aptes à contrôler les actes administratifs, tandis qu'à l'inverse elles ne sont pas susceptibles de s'assurer de la conformité à la Constitution des actes législatifs. Ceci ressort nettement des travaux préparatoires du texte du 4 octobre 1958. Ainsi, pour le président Latournerie, « s'il y a empiètement du règlement sur l'autorité législative, rien ne s'opposera à ce que le juge ordinaire de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de l'acte réglementaire, et

¹⁵⁴ Procédures des articles 41 et 37 alinéa 2.

¹⁵⁵ Juridictions administratives, par le biais du recours en annulation ou de l'exception d'illégalité, et juridictions judiciaires par la voie de l'exception d'illégalité.

qu'il l'estime en contradiction avec la loi. Il aura, avec la Constitution, la possibilité d'en prononcer l'annulation. L'illégalité dérivera de la contradiction entre le règlement et la Constitution »¹⁵⁶.

Cette utilisation du domaine constitutionnel de la loi pour sanctionner l'incompétence du pouvoir réglementaire est courante au sein de la jurisprudence tant administrative¹⁵⁷ que judiciaire¹⁵⁸. De la même façon, le Conseil constitutionnel a confirmé le principe de l'examen de la compétence de l'auteur d'un acte réglementaire au regard des règles constitutionnelles définissant le domaine législatif. Dans la décision *Bernard* des 16 et 20 avril 1982¹⁵⁹, la juridiction constitutionnelle devait juger de la validité d'actes réglementaires relatifs au Conseil supérieur des français de l'étranger, déférés au motif qu'ils porteraient sur des matières soustraites au pouvoir réglementaire par l'article 34 de la Constitution. Après avoir énoncé qu'il n'appartient qu'à la loi de fixer les règles concernant la composition et les modalités de l'élection du Conseil supérieur des Français de l'étranger, le Conseil décline sa compétence pour apprécier la légalité de ces actes, considérant que cela ne relève pas des missions qui lui ont été imparties. Comme le relève le professeur Luchaire, « le Conseil se prononce d'abord sur la question qui lui est soumise et constate que les requérants ont raison sur le fond »¹⁶⁰. Il admet ainsi que l'invocation de l'article 34 permette de contrôler la légalité d'une norme émanant de l'Exécutif, et serve de démarcation pour définir la compétence de l'auteur d'un acte réglementaire.

Dans un deuxième temps, il est possible de s'interroger sur l'opposabilité de sa propre compétence au législateur. En d'autres termes, la Constitution n'a-t-elle pas interdit au Parlement de disposer librement de l'espace qu'elle lui attribue, consacrant ainsi une véritable réserve de loi, à l'instar de ce qui existe en droit comparé ? En ce sens, elle s'inscrirait dans la perspective de la Constitution précédente, telle qu'interprétée dans l'avis du Conseil d'État du 13 février 1953. Et la prévision expresse d'une voie de dérivation de la procédure législative ordinaire¹⁶¹, permettant, sous conditions, au législateur de se départir de sa compétence au profit de l'Exécutif conforte l'idée d'une compétence législative obligatoire : si le Parlement veut renvoyer la connaissance normative d'une matière que lui attribue l'article 34 à un autre organe, il ne peut le faire qu'en respectant la procédure prévue à cet effet par la Constitution. D'autre part, contrairement à la situation antérieure, la Constitution de 1958 a prévu un contrôle de constitutionnalité des lois, susceptible d'imposer au législateur le

156 Intervention devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'État, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, La Documentation française, Paris, 1991, vol. 3, p. 132.

157 Voir par exemple, CE, 23 février 1973, *Sieur Sardier*, *Rec.* p. 164 ; CE, 18 janvier 1980, *Bargain*, *Rec.* p. 29 ; CE, 1^{er} février 1980, *Assoc. des amis des sites de la baie de Bandol*, *Rec.* p. 61 ; CE, 25 mars 1988, *Sté centrale canine pour l'amélioration des races de chiens*, *Rec.* p. 132 ; CE, 26 octobre 1990, *Union fédérale des consommateurs*, *Rec.* p. 291, *Droit fiscal* 1991, n° 21-22, n° 1149 ; CE, 4 novembre 1992, *Favre*, *DA* 1992, n° 528. Plus généralement, cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Monchrestien, Paris, 1993, 7^e édition, T. 1, n° 708.

158 Par exemple : Cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre, 10 juin 1986, *Société Bendix electronics et autres*, *JCP* 1986, II, 20678, Confrontation d'un arrêté ministériel à la disposition de l'article 34 de la Constitution aux termes de laquelle la loi fixe les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ; Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, *Consorts Renault c/ SOVERCAM*, *AIDA* 1988, p. 679.

159 *Rec.* p. 109.

160 Note sous CC, 16 et 20 avril 1982, *D.* 1982, J, 490.

161 Article 38.

respect de la Constitution, et donc en particulier des normes le contraignant à exercer sa propre compétence. C'est donc naturellement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il faut rechercher l'existence éventuelle d'un principe interdisant la récusation législative de la compétence parlementaire.

Il ressort de l'ensemble des décisions du juge constitutionnel que la vérification du bon exercice de la compétence législative constitue effectivement un moyen contentieux, susceptible de provoquer l'annulation de dispositions législatives.

Pour la juridiction constitutionnelle, l'article 61 alinéa 2 de la Constitution permet de vérifier que la loi déferée ne constitue pas une délégation de compétences au profit d'une autre autorité que le législateur. L'article 34 (et les autres dispositions constitutionnelles définissant le champ d'intervention de l'acte législatif) ne peut être considéré comme étant disposé en faveur du législateur, puisque ce dernier ne peut renoncer à l'exercice de la compétence qu'il lui attribue. Comme en droit comparé, derrière la définition constitutionnelle du domaine législatif, se profile la nécessité de la participation de la minorité politique au processus normatif, en tant que condition de la démocratie réelle. Interprétant ces dispositions, le Conseil constitutionnel en déduit l'existence d'une véritable réserve de loi. Celle-ci recouvre de larges secteurs normatifs, sans oublier des matières traditionnelles à partir desquelles l'institution s'est développée (légalité fiscale et pénale), et suscite parfois certaines interrogations.

Avant d'entrer dans l'étude de cette jurisprudence, dite, par référence au contentieux administratif, de l'incompétence négative du législateur¹⁶², il faut constater que certains auteurs avaient envisagé dès avant son développement, que « la saisine du Conseil constitutionnel permet de prévenir l'adoption d'une loi étendant irrégulièrement les pouvoirs du Gouvernement »¹⁶³, et donc que le défaut de plein exercice de la compétence soit un moyen invocable dans le cadre de l'article 61 alinéa 2.

Section I

LES RÉSERVES DE LOIS ORIGINAIRES

Les matières pénales et fiscales ont toujours été considérées dans la tradition juridique française issue de la Révolution, comme étant l'apanage du législateur. C'est d'ailleurs à leur endroit qu'ont eu lieu les plus vives controverses sur la possibilité de délégation du pouvoir législatif à l'Exécutif¹⁶⁴. En effet, elles ne sont que la concrétisation des concepts de liberté et de propriété, à propos desquels le principe démocratique réserve toute limitation à la décision des représentants du peuple.

162 Formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans la décision 94-358 DC (*RJC* I-624, 9^e considérant).

163 J.-C. DOUENCE, *Recherche sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, thèse, Bordeaux, 1965, p. 181.

164 Ainsi pour L. DUGUIT, l'idée selon laquelle un règlement pris sur l'invitation du législateur pourrait « contenir des dispositions portant sur des matières réservées en principe au législateur, par exemple, établir une taxe ou une peine » a été abandonnée à juste raison, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, Paris, 2^e éd. 1924, T. 4, p. 705. Sur l'ensemble du débat antérieurement à 1958 relatif à la possibilité de renvoyer au règlement la connaissance des matières fiscales et pénales, voir *supra*.

Ainsi, alors même que le législateur disposait, antérieurement à 1958, comme l'avait démontré Carré de Malberg, d'une capacité incontestable de délimitation de sa propre compétence, la question se posait de savoir si cette faculté ne trouvait pas une limite relativement aux matières pénales et fiscales (ce qu'avaient implicitement admis les lois de délégation de la IV^e République, comportant la clause de sauvegarde des matières réservées à la loi : celle-ci énonçait systématiquement l'interdiction de prendre des décrets-lois ayant pour objet d'édicter des peines ou d'instituer de nouveaux impôts¹⁶⁵).

Le problème s'est trouvé renouvelé avec la promulgation de la Constitution de 1958.

§ 1 - LA RÉSERVE DE LOI FISCALE

La Constitution réserve en effet à la loi, en son article 34, la fixation des règles concernant « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures », faisant par là application de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel interprète ces dispositions comme prescrivant au législateur d'exercer pleinement sa compétence, et proscrivant au contraire toute délégation de compétence. ~~Si agissant d'abord de la fixation de l'assiette d'imposition, il a considéré que le législateur ne pouvait renvoyer inconsiderement à l'Exécutif le soin de définir les conditions d'octroi d'un agrément fiscal, susceptible de réduire l'assiette de l'imposition de son bénéficiaire.~~ La décision 84-184 DC, du 29 décembre 1984¹⁶⁶ valide l'article 79 de la loi déferée, confiant aux ministres de l'Économie et de la Culture le soin de désigner les fondations ou les associations appelées à recevoir des dons susceptibles d'ouvrir à déduction fiscale élargie. Pour les requérants, le pouvoir reconnu de la sorte à l'autorité administrative excède le simple pouvoir d'application de la loi et méconnaîtrait l'article 34. Le Conseil constate qu'il « n'appartient qu'à la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, de déterminer le champ d'application de l'avantage fiscal dont il s'agit »¹⁶⁷. Ce faisant, il énonce, en ayant recours à une interprétation constructive, que le pouvoir conféré aux ministres se limite à vérifier dans chaque cas précis si telle association ou fondation répond aux conditions prévues par l'article 79, c'est-à-dire consiste à s'assurer qu'elle présente un intérêt général à caractère culturel ; il constitue bien alors une modalité de mise en œuvre concrète de la législation, et relève en conséquence de l'Exécutif. Ce dernier doit seulement apprécier des éléments factuels pour vérifier qu'ils s'insèrent dans les prévisions législatives. Le Conseil constitutionnel cantonne nettement les prérogatives ministérielles, en interdisant implicitement à l'autorité administrative d'édicter des conditions supplémentaires à l'octroi des agréments fiscaux. L'Administration ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire, mais doit appliquer les conditions légales. Par la suite, le Conseil devait réitérer qu'il n'appartient qu'au législateur de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal¹⁶⁸. En l'espèce, le silence de la loi ne peut être

interprété comme permettant à l'administration fiscale d'édicter des conditions à l'octroi de l'exonération fiscale que représente l'agrément. Aussi se croit-il obligé de préciser « qu'à défaut d'autres critères fixés par la loi, ... l'exigence de l'agrément confère seulement au ministre chargé du Budget le pouvoir de s'assurer, conformément à l'objectif poursuivi par le législateur », que l'opération ouvrant droit à agrément fiscal satisfait aux conditions fixées par la loi. Ici encore, la loi n'est validée que parce qu'il faut l'interpréter comme reconnaissant uniquement à l'autorité ministérielle une capacité de mise en œuvre factuelle au cas par cas. C'est dire que la part revenant à l'Exécutif est pratiquement dépourvue de caractère créateur du point de vue normatif, puisque consistant seulement en la vérification de l'adéquation de normes préexistantes à une situation de fait déterminée.

Le Conseil constitutionnel déduit de l'article 34 l'existence d'une interdiction pour le législateur de conférer un quelconque pouvoir de réglementation des agréments fiscaux à l'Exécutif.

Pourtant, cette disposition ne prévoit pas directement le cas des agréments préalables à l'octroi d'un avantage fiscal¹⁶⁹ ; mais ceux-ci ont certainement des effets sur l'assiette des impositions, puisque leur objet est de permettre une déduction de certaines sommes, réduisant d'autant l'élément imposable¹⁷⁰. L'agrément apparaissant comme un élément affectant l'assiette de l'impôt, il est logique que la réserve de loi concernant celle-ci l'affecte aussi.

Néanmoins, cette reconnaissance d'un pouvoir lié de l'Administration contredit la jurisprudence administrative relative aux agréments fiscaux. Celle-ci distingue en effet entre les agréments constituant un droit et ceux pour lesquels l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, la loi ne les ayant subordonnés à aucune condition précise¹⁷¹. Le juge administratif reconnaît en conséquence que l'Exécutif puisse détenir une capacité discrétionnaire d'octroi ou de refus d'un agrément fiscal, déterminant sa décision selon des critères de pure opportunité, sans qu'il soit tenu de la motiver. Cette différence de jurisprudence s'explique par le fait que le Conseil d'État, « à la différence du juge constitutionnel, ... reste tributaire de la volonté du législateur »¹⁷². En effet, l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel se limite à la loi déferée, et le juge administratif ne peut refuser d'appliquer une loi, quelle que soit l'idée qu'il peut se faire de sa constitutionnalité. Dès lors, si une loi ne prévoit rien quant aux conditions subordonnant l'octroi d'un avantage fiscal, il ne peut que s'incliner devant la volonté législative. Mais ceci ne lui interdit pas d'interpréter la loi comme étant censée respecter la Constitution, et de marginaliser de cette façon les cas où existe un pouvoir discrétionnaire de

¹⁶⁵ Cf. *supra*.

¹⁶⁶ *RJC* 1-212.

¹⁶⁷ 27^e considérant.

¹⁶⁸ Décision 87-237 DC du 30 décembre 1987, *RJC* 1-324.

¹⁶⁹ Contrairement à l'article 133-3 de la Constitution espagnole qui dispose que « tout avantage fiscal qui affecte les impôts de l'État devra être établi en vertu d'une loi », prévoyant de la sorte une réserve de loi spécifique pour tout avantage fiscal.

¹⁷⁰ Ainsi, en 1984, l'agrément ouvrait droit à une déduction du bénéfice imposable des sociétés, et en 1987, il s'agissait de permettre à une société bénéficiant du régime de la fiscalité de groupe et ayant procédé à une opération de fusion ou d'apports partiels d'actifs, de reporter « en avant » les déficits non encore déduits.

¹⁷¹ Cf. L. PHILIP, *Droit fiscal constitutionnel*, Economica, coll. Finances publiques, Paris, 1990, p. 89 et B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1987 », *AJJC*, vol. 3, 1987, Economica-PUAM, p. 579, avec les arrêts cités.

¹⁷² B. GENEVOIS, *ibid*.

l'autorité administrative. C'est d'ailleurs en ce sens que semble s'orienter la jurisprudence administrative ¹⁷³.

Concernant plus directement l'assiette, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de censurer une disposition législative instituant le principe de l'imposition annuelle des revenus d'obligations libérés en une seule échéance ou capitalisés, parce qu'elle n'était pas suffisamment précise, permettant donc deux interprétations différentes ¹⁷⁴. La censure s'explique par l'incertitude des débats parlementaires (auxquels se réfère le Conseil constitutionnel), précédant le vote de la loi. En effet, ceux-ci retiennent alternativement les deux interprétations. Ce faisant, le Conseil ne s'est pas cru autorisé à émettre des réserves interprétatives (comme dans les deux espèces précédemment analysées), puisqu'alors il aurait substitué sa propre appréciation à celle du législateur, en opérant, sans se fonder sur une volonté parlementaire explicite, un choix entre les deux branches de l'alternative. Et ne pas censurer la loi aurait conduit à transférer le choix entre elles deux à l'Administration fiscale, ce qui équivaldrait à une délégation du pouvoir attribué par l'article 34 au seul législateur. La juridiction constitutionnelle a donc sanctionné l'indétermination législative, et le renvoi implicite corrélatif à l'administration pour déterminer l'assiette exacte de l'imposition ¹⁷⁵.

Ultérieurement, le Conseil est conduit à vérifier que l'assiette de la taxe proportionnelle sur le revenu, perçue au profit des départements, est suffisamment définie pour ne pas laisser place à interprétation quant à la définition des revenus pris en compte ¹⁷⁶.

Enfin, dans la décision 90-283 DC du 8 janvier 1991 ¹⁷⁷, le Conseil censure l'article 12 de la loi déferée, instituant une contribution sur les dépenses de publicité des boissons alcooliques, motif pris « qu'en s'abstenant d'indiquer tant les catégories de redevables que les modalités de recouvrement du nouvel impôt, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence qu'il tient du deuxième alinéa de l'article 34 » ¹⁷⁸. Dans cette espèce, le Parlement était resté en deçà de sa compétence en laissant le pouvoir réglementaire fixer librement un élément de l'assiette de l'imposition ainsi que ses modalités de recouvrement, commettant de la sorte une double incompétence négative.

La même jurisprudence impartissant au législateur d'exercer pleinement sa compétence a été appliquée à la loi de finances rectificative pour 1987, dont l'article 13 prévoyait que les assemblées générales des Chambres de Commerce et d'Industrie fixeraient librement et annuellement le montant de la taxe additionnelle à la taxe professionnelle pour frais de Chambres de Commerce et d'Industrie. Cette fois, c'est le taux de l'imposition qui était renvoyé à la libre détermination d'un établissement public. La décision 87-239 DC ¹⁷⁹ annule cette disposition au motif que le législateur a méconnu l'étendue de la compétence que

173 Cf. L. FAVOREU, « L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif (nouveaux développements) », *RFDA* 1989, p. 150 et 151. Cet auteur cite notamment les conclusions de O. FOUQUET sur CE, 24 février 1988, publiées in *Revue de jurisprudence fiscale*, 1988, p. 149.

174 L'une retenant la fixation d'annuités égales, l'autre retenant la fixation d'annuités progressives pour tenir compte des intérêts composés. Décision 85-191 DC du 10 juillet 1985, *RJC* I-228.

175 En ce sens, voir B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1985 », *AJJC*, vol. 1, 1985, *Economica-PUAM*, p. 415.

176 Décision 89-268 DC, du 29 décembre 1989, *RJC* I-386.

177 *RJC* I-417.

178 42^e considérant.

179 30 décembre 1987, *RJC* I-327.

lui confère l'article 34. En effet, s'il ne découle pas de celui-ci que « la loi doive fixer elle-même le taux de chaque impôt, il appartient au législateur de déterminer les limites à l'intérieur desquelles un établissement public à caractère administratif est habilité à arrêter le taux d'une imposition » ¹⁸⁰. C'est dire que le législateur n'est pas tenu de fixer lui-même le taux définitif de l'impôt, mais peut renvoyer à l'autorité administrative sa détermination, sous réserve de prévoir un cadre normatif propre à limiter le pouvoir de décision de l'Exécutif. Une fois encore, la réserve de loi en matière fiscale interdit de conférer un pouvoir discrétionnaire, mais n'empêche pas d'octroyer des facultés de décision, dès lors que celles-ci sont bornées par des règles de valeur législative. Dans cette espèce, la censure résulte de l'absence de tout conditionnement du pouvoir fiscal attribué aux Chambres de Commerce. Le caractère de véritable réserve de loi de la compétence prévue à l'article 34 apparaît nettement dans cette décision, parce que le Gouvernement, à l'origine de cette disposition, avait défendu sa constitutionnalité en arguant que la prévision d'un régime de libre détermination du taux équivalait à la fixation des règles concernant le taux de l'impôt ¹⁸¹. La position du Gouvernement aboutissait à reconnaître au législateur la possibilité de se défaire de sa compétence, la Constitution ne lui ayant imposé finalement que la prise de décision sur l'autorité utilisatrice de la compétence (ainsi, le législateur aurait eu le choix de poser des règles de fond sur la matière, ou de se contenter de poser des règles de compétence au profit de l'Exécutif). En rejetant cette analyse, le Conseil constitutionnel définit clairement la compétence énoncée à l'article 34 comme instaurant une obligation positive de réglementation, une fois que le législateur s'est saisi de la matière : le Parlement ne peut rien déléguer de la compétence que lui impose le bloc de constitutionnalité.

Reste que le principe de l'encadrement normatif de la détermination du taux de l'imposition est sans doute susceptible de variation selon que cette dernière concerne ou non des collectivités territoriales. En effet, comme le fait remarquer le conseiller Genevois, le principe de libre administration des collectivités locales ¹⁸² permet peut-être de conférer à ces dernières une plus grande marge d'action dans l'exercice du pouvoir fiscal, la loi pouvant s'autoriser un renvoi plus important que dans l'hypothèse où un simple établissement public serait concerné ¹⁸³.

Enfin, dernier jalon de cette jurisprudence relative à la réserve fiscale, la décision 89-268 DC ¹⁸⁴ devait juger du moyen selon lequel le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence, en se contentant de prévoir, en son article 41, le principe du versement à l'État d'une fraction du résultat net de la Caisse des dépôts et consignation. Le Conseil refuse d'examiner le moyen, parce qu'il considère que le versement en question ne constitue pas une imposition ¹⁸⁵.

La définition d'une réserve de loi en matière fiscale par la Constitution de 1958 revêt une importance particulière. En effet, dans ce domaine plus

180 4^e considérant.

181 Cf. B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1987 », *AJJC*, vol. 3, 1987, p. 580.

182 Articles 34 et 72 de la Constitution.

183 « La jurisprudence... », *op. cit.*, p. 580. La question de savoir si la libre administration des collectivités locales constitue une limite, ou une atténuation aux exigences de la réserve de loi se retrouve en droit comparé.

184 Précitée.

185 45^e considérant.

qu'ailleurs, les textes législatifs ont souvent une origine gouvernementale¹⁸⁶. L'existence d'une réserve de loi aboutit alors à annihiler la tentation pour l'Exécutif de préparer des projets conférant une part trop importante à l'Administration fiscale, parce qu'en définitive, c'est l'auteur du texte législatif qui se voit sanctionné en cas de censure pour « incompétence négative ». Elle permet d'éviter que le gouvernement invite le législateur à se défaire de son pouvoir normatif sur l'Administration. Il ne peut plus, avec cette jurisprudence, utiliser son pouvoir d'initiative en matière fiscale pour inciter le Parlement à se voir accorder un blanc-seing. La réserve de loi fiscale permet de vérifier la thèse selon laquelle le contrôle de constitutionnalité atteint davantage le Gouvernement que le Parlement¹⁸⁷. Il en est quasiment de même pour la réserve pénale.

§ 2 - LA RÉSERVE DE LOI PÉNALE

La réserve de loi en matière pénale possède la même importance, du point de vue historique, que la réserve fiscale. Elle a longtemps été développée sous le vocable de « légalité pénale »¹⁸⁸, consacrée à partir de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (« ... nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »). Depuis lors, la Constitution de la V^e République a expressément prévu, en son article 34, la compétence législative pour fixer les règles relatives à la détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui leurs sont applicables. Là encore, cette légalité pénale s'analyse en une véritable réserve de loi, impartissant au législateur l'exercice complet de sa compétence. C'est ce dont témoigne la jurisprudence constitutionnelle.

À l'occasion de l'instance ayant donné lieu à la décision 80-127 DC, des 19 et 20 janvier 1981, les requérants invoquaient le principe de la légalité des délits et des peines pour contester la constitutionnalité de la loi déferée¹⁸⁹. Pour le Conseil constitutionnel, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme implique « la nécessité pour la législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »¹⁹⁰. Et le juge de vérifier que les dispositions litigieuses ne sont ni obscures, ni imprécises, et n'introduisent aucun élément d'incertitude dans la définition des infractions. Il paraît même soulever d'office le moyen, énonçant « qu'aucune des autres dispositions du titre premier de la loi... n'est critiquée au nom du principe de la légalité des délits et des peines et ne peut davantage être regardée comme le méconnaissant »¹⁹¹.

¹⁸⁶ Ceci est dû aux restrictions affectant l'initiative directe ou dérivée des parlementaires : existence des seuls projets de loi de finances ; détermination d'une procédure spécifique de vote des projets de lois de finances ; procédures spéciales d'irrecevabilité en matière financière. De plus, des raisons pratiques, comme la complexité des textes fiscaux, limitent les initiatives parlementaires en la matière.

¹⁸⁷ Cf. L. PHILIP, note sous CC, 29 décembre 1983, 83-164 DC, *AJDA* 1984, p. 96.

¹⁸⁸ Cette expression est susceptible de deux acceptions. Comme le souligne le doyen FAVOREU, au sens large elle inclut plusieurs notions distinctes comme la nécessité de l'incrimination et de sa sanction, la non rétroactivité et la proportionnalité (Cf. « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », contribution aux *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 175). Au sens strict, que nous retiendrons ici, le principe de légalité exige seulement la précision des termes de l'incrimination.

¹⁸⁹ GDCC n° 30; *RJC* I-91.

¹⁹⁰ 7^e considérant.

¹⁹¹ 10^e considérant.

La Constitution postule donc que le législateur exerce pleinement sa compétence pour la définition des délits et des peines. Lui seul doit avoir la pleine maîtrise de la détermination des incriminations. Tout exercice laconique de sa compétence induirait une incertitude incompatible avec le but répressif de la matière pénale, créant par là même une amplitude d'action et d'interprétation dont bénéficierait l'Administration et le pouvoir juridictionnel. Le législateur serait alors dépossédé de l'exclusivité de sa compétence normative, les règles édictées devant être précisées par une autre autorité pour recevoir application. C'est cette atteinte potentielle au monopole du législateur en matière pénale que veut prévenir le Conseil constitutionnel en censurant la loi, dans le cas où elle ne va pas jusqu'au bout du champ d'intervention que lui assigne la Constitution. La jurisprudence issue de la décision 127 DC devait être ultérieurement réaffirmée de manière constante¹⁹².

Toutefois, le principe de légalité des délits et des peines ne semble pas interdire, sous certaines conditions, la technique des lois pénales en blanc. Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 82-145 DC du 10 novembre 1982¹⁹³, les requérants reprochaient à la loi la violation de ce principe. Le dispositif législatif étendait les sanctions pénales applicables à la violation de textes législatifs et réglementaires intéressant le droit du travail, à la violation des dérogations à ces textes introduits par voie de convention ou d'accord collectif étendu, lorsqu'une disposition législative expresse autorise ce type de dérogation. Pour les auteurs de la saisine, ceci permettait de transférer à des particuliers la détermination des infractions et des peines qui leur sont attachées. Le Conseil infirme cette argumentation en considérant qu'aucun texte de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultent pas de la loi elle-même ; il suffit qu'il définisse de façon précise et complète les éléments constitutifs de l'infraction. Le juge constitutionnel admet ainsi que la norme dont la violation est pénalement sanctionnée puisse être définie par voie conventionnelle, sans que le législateur puisse en connaître le contenu au jour où il édicte les pénalités. Selon lui, la variabilité du contenu des obligations dont la méconnaissance est ainsi sanctionnée concerne seulement la variété des faits pouvant être l'occasion de la répression pénale sans altérer l'unité de la définition légale des infractions.

L'interprétation retenue du principe de légalité des délits et des peines paraît permettre de renvoyer à d'autres normes que la loi la définition des comportements dont la violation entraîne le déclenchement de la répression. Cependant, on pourrait se demander si cette décision n'est pas spécifique au domaine du droit du travail, où la loi n'est que supplétive par rapport aux dispositions contractuelles plus favorables aux salariés (l'ordre public social). D'autre part, dans ce secteur, le principe de participation des travailleurs joue un rôle particulier, en permettant aux organisations représentatives de participer à l'élaboration des normes applicables aux relations de travail. Enfin, les dispositions conventionnelles ne sont que supplétives, la loi ayant fixé des règles

¹⁹² Voir : décision 84-176 DC du 25 juillet 1984, *RJC* I-192 (dans laquelle le Conseil constitutionnel agrège l'article 34 à l'article 8 de la DDH pour inférer le principe de légalité pénale, 5^e considérant) ; décision 84-181 DC, des 10 et 11 octobre 1984, *RJC* I-199 (Le moyen est ici soulevé quatre fois - 9^e, 23^e, 30^e, 62^e considérants - et donne lieu à annulation dans un cas - 30^e considérant -) ; décisions 84-183 DC du 18 janvier 1985, *RJC* I-210 (Annulation de l'article 207 de la loi déferée, 12^e considérant) ; décision 86-210 DC du 29 juillet 1986, *RJC* I-270 (6^e considérant) ; décision 93-325 DC du 13 août 1993, *RJC* I-539 (38^e, 42^e, 47^e, 54^e considérants).

¹⁹³ *RJC* I-132.

applicables en cas de défaut. L'efficacité de ces mécanismes d'intervention des salariés suppose une répression pénale.

Le principe de légalité des délits et des peines devait être étendu aux sanctions administratives, en conformité avec les règles de transposition des normes applicables aux sanctions pénales. Ainsi, la décision 248 DC du 17 janvier 1989¹⁹⁴ énonce sans ambiguïté que les exigences de l'article 8 de la DDH, et notamment le principe de légalité, « ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »¹⁹⁵. Cependant, la compétence obligatoire du législateur subit un assouplissement concernant la définition des comportements sanctionnés par voie administrative. Le Conseil constitutionnel estime en effet « qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »¹⁹⁶. Ceci revient à admettre la possibilité de lois pénales en blanc pour la répression administrative : la loi peut se contenter de prévoir génériquement que certains comportements pourront être sanctionnés par une autorité administrative indépendante, sans individualiser précisément ces comportements, renvoyant pour cela à des lois ou même à des règlements. Le « particularisme »¹⁹⁷ de la légalité pénale en matière de sanction administrative se traduit par une diminution de l'exigence d'une *lex scripta*, la loi n'étant pas constitutionnellement astreinte à exercer sa compétence de façon aussi complète qu'en matière pénale. On retrouve là la même solution que celle qui prévaut en droit comparé, notamment en Espagne¹⁹⁸. Cette atténuation du principe de légalité pénale s'explique par la nature même des sanctions administratives : à la différence de la répression pénale qui concerne la sauvegarde des intérêts généraux de la société, la sanction administrative ne représente que la répression de la violation d'une prescription émanant d'une autorité administrative, chargée d'édicter des règles de police d'un secteur précis et limité ; la sanction administrative produit ses effets à l'intérieur d'un ordre juridique partiel, selon la démonstration du doyen Colliard¹⁹⁹. Le champ d'intervention de la sanction administrative est limité par nature et ne concernerait que des personnes déterminées, ayant un lien juridique individualisé avec l'Administration²⁰⁰. Cette analyse s'inspire nettement de la théorie allemande des relations spéciales de sujétion, dont on sait qu'elle permet, en droit comparé, une atténuation des exigences de la réserve de loi, concernant les individus considérés, non en tant que citoyen, mais comme administré²⁰¹.

194 RJC I-339.

195 36^e considérant.

196 37^e considérant.

197 L'expression est de B. GENEVOIS, in « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1989 », *AJC*, vol. V, 1989, Economica-PUAM, p. 499.

198 Cf. *supra*.

199 *Annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence*, 1943, p. 3.

200 C'est ce que fait ressortir le doyen AUBY dans une étude consacrée à ce sujet : « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952, chron. p. 111.

201 Sur l'utilisation de la théorie des relations spéciales de sujétion pour restreindre en Espagne l'intensité de la réserve de loi en matière pénale, voir F. MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », contribution aux *Mélanges Chapus*, Domat-Monchrestien, Paris, 1992, p. 422 et

L'idée d'un lien individualisé entre l'Administration détentrice du pouvoir de sanction et la personne juridique susceptible de les subir se trouve corroborée, dans la décision 248 DC, par la référence à la sanction de « manquements à des obligations attachées à une autorisation administrative »²⁰². Mais comme le remarque B. Genevois, la décision 89-260 DC²⁰³ valide le pouvoir de sanction attribué à la COB, alors que « la loi n'établissait pas de relation entre le champ d'application du pouvoir de sanction de la COB et l'existence d'un lien individualisé entre la personne susceptible d'être sanctionnée et l'autorité administrative »²⁰⁴. Et là encore, le juge constitutionnel admet l'infléchissement du principe de légalité, puisqu'il considère comme conforme à la Constitution la possibilité pour la COB d'infliger des amendes en cas de contravention à ses propres règlements. Dans l'affaire ayant donné lieu à cette décision, la loi se borne à prévoir le principe des sanctions, mais c'est la transgression de l'obligation définie par voie réglementaire qui constitue le fait générateur de la pénalité.

En réalité, comme le fait apparaître le Conseil constitutionnel dans cette même décision, le pouvoir d'infliger des sanctions administratives apparaît étroitement lié à la détention, par une autorité administrative, de prérogative de puissance publique²⁰⁵. La capacité de sanction de l'Administration se présente comme une prérogative de puissance publique, conférée par le législateur à une administration déterminée pour qu'elle soit en mesure de défendre les règles qu'elle édicte pour la satisfaction d'un intérêt général²⁰⁶. Ainsi, toute personne physique ou morale qui entre dans le champ d'application de la réglementation édictée, sans même qu'existe nécessairement un lien juridique individualisé, s'intègre à un ordre juridique particulier, dirigé par l'Administration détentrice du pouvoir de sanction, créant une relation spéciale, distincte de la relation générale des citoyens par rapport à l'institution étatique. C'est cette conception des sanctions administratives qui justifie la déperdition, lors de la transposition à la matière, de la réserve de loi pénale.

L'atténuation du principe de légalité vis-à-vis des sanctions administratives a parfois été critiquée par la doctrine, au motif qu'il s'agit d'une diminution des garanties applicables²⁰⁷. Néanmoins, cet inconvénient est compensé par la restriction de la portée des sanctions administratives, celles-ci devant être, d'après le Conseil constitutionnel, « exclusives de toute privation de liberté et devant être entourées de mesures destinées à protéger les droits et libertés constitutionnellement garantis »²⁰⁸. L'amodrissement des exigences de la réserve de loi est d'autant moins choquante que la Constitution laisse au pouvoir réglementaire une grande marge d'intervention en matière de contravention, dès

Sanction administratives et justice constitutionnelle, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1993, p. 231 et s.

202 32^e considérant.

203 28 juillet 1989, RJC I-365.

204 « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1989 », *op. cit.*, p. 498.

205 « ... aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogative de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction » (6^e considérant).

206 En ce sens, voir J.-L. DE CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », contribution aux *Mélanges Chapus*, *op. cit.*, p. 124.

207 Cf. par exemple, M. DOBKINE, « L'ordre répressif administratif », *D.* 1993, chron. XXXV, p. 157-159.

208 Décision 89-260 DC, du 28 juillet 1989, RJ I-365, 6^e considérant.

lors qu'elles sont exclusives de peines privatives de liberté²⁰⁹. D'ailleurs, la véritable difficulté vient plutôt du fait que c'est une autorité administrative et non juridictionnelle, qui les prononce. Mais ceci est une autre question...

Concernant l'intensité de la réserve de loi pénale, il faut préciser le champ de l'obligation du recours à la loi, dans sa dimension verticale. Pour les professeurs Favoreu et Philip, elle se distinguerait, de ce point de vue, des autres titres de compétence énumérés à l'article 34, en ce qu'elle impliquerait que « la loi pénale qui fixe les peines doit être détaillée, ce qui la rend directement applicable »²¹⁰. Effectivement, hormis le cas des sanctions administratives, la place du règlement est très limitée en matière pénale. C'est dire qu'à l'instar de ce qui se passe en droit comparé – où la réserve pénale représente le type même de la réserve absolue, comme en Italie ou en Espagne –, l'intervention « en profondeur » de la loi doit être très développée, ce qui laisse peu de place au règlement administratif. L'application de la loi pénale est donc le plus souvent le fait d'un organe juridictionnel. C'est-à-dire qu'il s'agit d'une application individualisée et concrète, dont le seul contenu normatif est limité à l'interprétation des dispositions législatives. La part des normes de développement de la loi pénale est très limitée, celle-ci ayant vocation à être immédiatement applicable.]

Néanmoins à ce stade, il est possible de se demander si la loi ne trouve pas une limite concernant l'extension de son champ d'intervention dans la nécessité de respecter une certaine capacité minimum de décision inhérente à l'organe juridictionnel. La loi pénale serait alors contrainte de laisser subsister une marge de discrétionnalité au profit du juge, renonçant à encadrer totalement l'incrimination pénale. Ainsi, l'impératif constitutionnel de précision de la norme pénale trouverait une sérieuse limite dans un autre impératif constitutionnel : le pouvoir de tout juge d'apprécier, dans une certaine mesure, la gravité de l'infraction et de moduler la sanction en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction. Il serait en réalité impossible pour la loi de transformer le juge en un organe de stricte application de la loi, dépourvu de toute faculté d'appréciation. Autrement dit, le pouvoir juridictionnel disposerait de par sa place dans les institutions et du fait de la séparation des pouvoirs, d'un domaine de compétence irréductible sur lequel ne pourrait empiéter la loi, fût-elle nécessairement précise comme la loi pénale²¹¹.

Le Conseil constitutionnel n'a pour l'instant pas abordé directement la question ; mais, appelé à se prononcer sur l'éventuelle valeur constitutionnelle du principe de l'individualisation des peines, il s'est contenté d'affirmer que quelle que soit sa valeur juridique, « il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions »²¹². La juridiction constitutionnelle semble insister de la sorte sur l'obligation pour le législateur de laisser au juge une certaine marge de discrétionnalité, ce qui constitue une borne certaine à la nécessité de la précision législative. Il appartiendra cependant à la jurisprudence

ultérieure de préciser les limites respectives de ces deux impératifs constitutionnels antagonistes.

Enfin, le Conseil a déterminé que la loi ne pouvait se défaire inconsidérément de sa compétence, instituée par l'article 34 de la Constitution, pour fixer les règles relatives à la procédure pénale. Dans la décision 56 DC, du 23 juillet 1975²¹³, il censure des dispositions législatives ayant pour objet de conférer au président du Tribunal de grande instance le pouvoir de décider « de manière discrétionnaire et sans recours »²¹⁴ si le Tribunal correctionnel devait être composé d'un ou de trois magistrats. Pour le juge constitutionnel, l'article 34 « s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice » du pouvoir de décision relativement à la composition d'une juridiction²¹⁵. En d'autres termes, le législateur ne peut autoriser une autorité judiciaire à exercer une partie des compétences qui lui sont propres. Dans cette décision, il est pris soin de souligner l'impact de la législation déferée sur les droits et libertés des citoyens.

Ainsi, est mise en lumière l'importance du recours effectif à la loi pour la définition des règles relatives à la procédure pénale : le législateur ne peut se défaire de sa compétence parce que celle-ci permet la meilleure protection possible des droits et libertés des citoyens, à l'occasion de la réglementation de cette matière.]

D'autre part, le Conseil constate la contrariété de cette même disposition avec le principe d'égalité devant la justice²¹⁶, ce moyen servant lui aussi à l'annulation. L'utilisation concomitante des deux moyens pour fonder la décision (alors qu'un seul eût été suffisant), traduit la complémentarité pouvant exister entre la non utilisation de la compétence parlementaire et la violation du principe d'égalité. En n'encadrant pas le pouvoir de décision du président du Tribunal de grande instance, le législateur lui octroie toute latitude pour opérer des discriminations entre les justiciables, sans que celles-ci puissent se fonder sur des critères ayant leur origine dans la loi. Si les parlementaires renoncent à leur compétence, la marge d'intervention de l'Exécutif est d'autant renforcée et l'application de traitement différent dépend de la décision réglementaire. La possibilité gouvernementale de discriminer est fonction de l'importance de la régulation législative : si la loi recouvre totalement le champ de compétence qui lui est imparti, le règlement ne dispose que de l'espace normatif d'exécution, de concrétisation de la loi, et ne peut opérer de distinctions ; si au contraire, la loi renvoie largement au pouvoir réglementaire, ce dernier disposera d'une marge de manœuvre appréciable, résidant dans le caractère limité des prescriptions législatives. Plus le législateur utilise complètement ses facultés normatives, moins l'Exécutif a des possibilités de créer des distinctions. L'interdiction pour le Parlement de se défaire de ses potentialités normatives aboutit à restreindre les capacités créatrices du règlement et en particulier à l'empêcher de discriminer dans l'application de la loi. C'est ce résultat que l'on retrouve notamment à propos du droit public économique.

209 Cf. GDCC, n° 33, § 13 et s.

210 Cf. GDCC, n° 30, § 11.

211 On retrouve la théorie de la « réserve de juridiction », parfois développée par la doctrine étrangère. Cf. *supra*.

212 Décision des 19 et 20 janvier 1981, 80-127 DC, précitée.

213 RJC I-32.

214 2° considérant.

215 6° considérant.

216 4° considérant.

Section II

L'EXTENSION DE LA RÉSERVE DE LOI

Sans préjuger de ce qui pourra être dit plus loin quant à l'extension « en surface » de la réserve de loi, il faut constater, ne serait-ce qu'à la simple vue de l'article 34 de la Constitution, que le champ de compétence assigné à la loi dépasse désormais les domaines fiscal et pénal. C'est dire que dans d'autres matières, le législateur est tenu d'exercer pleinement sa compétence et voit ses facultés de renvoi au pouvoir réglementaire encadrées. Le moyen fondé sur l'incompétence négative du législateur apparaît bien comme un moyen contentieux susceptible d'être invoqué pour la défense de l'ensemble des compétences de la loi prévue par la Constitution.

La fréquence des saisines du Conseil constitutionnel invoquant la restriction par le législateur de sa propre compétence est fonction du développement de la saisine de cette juridiction depuis la réforme constitutionnelle de 1974. La réserve de loi s'intègre totalement au catalogue des arguments juridiques dont disposent les requérants, permettant parfois l'annulation de dispositions législatives²¹⁷. C'est ainsi qu'il est fréquemment fait appel aux différents articles du bloc de constitutionnalité prévoyant la compétence législative, ce qui permet l'énumération des différentes réserves. Tel est le cas pour l'article 34.

§ 1 - LA RÉSERVE DE LOI RELATIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX

Au sein de ces différents alinéas, celui réservant à la loi la réglementation des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques est parmi les plus utilisés. Ainsi, dans la décision 173 DC du 26 juillet 1984²¹⁸, il conduit à l'annulation de l'alinéa 1 de l'article 2 de la loi déferée, renvoyant à un décret le soin de fixer les limites maximales d'un réseau câblé support de service radiotélévisé autorisé par la Haute autorité de la communication audiovisuelle, étant entendu que les réseaux excédant les dites limites seraient autorisés par le Gouvernement. Le Conseil, après avoir établi que la libre communication des pensées et des opinions constitue une liberté fondamentale, constate que « la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d'autoriser l'exploitation du service de radiotélévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie pour l'exercice d'une liberté publique », relevant alors du seul législateur. Celui-ci a en conséquence « méconnu sa compétence en renvoyant au décret le soin de définir un tel réseau par la fixation de ses limites maximales, abandonnant par là même au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application de la règle » qu'il pose²¹⁹. Le Parlement a donc négligé de fixer par lui-même un élément pourtant déterminant du point de vue des garanties d'une liberté fondamentale, ce qui explique la décision de censure.

217 L'annulation provoquée par ce moyen affecte seulement la disposition qui n'a pas épuisé la compétence parlementaire, et non l'intégralité de la loi qui la supporte. C'est cet impact limité qui explique qu'il ait conduit la plupart du temps à des annulations partielles, concernant seulement certaines dispositions de la loi déferée.

218 *RJC* I-187.

219 4^e considérant.

Tel est aussi le cas dans la décision 86-217 DC du 18 septembre 1986²²⁰, où le Conseil annule les articles 39 et 41 de la loi déferée, « en raison de l'insuffisance des règles énoncées... pour limiter les concentrations susceptibles de porter atteinte au pluralisme », les lacunes de la loi risquant de permettre le développement de situations monopolistiques préjudiciables au pluralisme²²¹. À l'inverse, l'article de la loi déferée confiant à la CNCL la possibilité de s'imposer aux détenteurs d'une autorisation d'émettre qu'une partie seulement des obligations générales applicables à tout titulaire, n'est pas, en lui-même, contraire à la réserve à la loi des garanties fondamentales en matière de libertés publiques, dans la mesure où cette faculté doit être interprétée à la lumière des exigences des articles 1^{er} et 3 de la loi²²², qui conditionnent ainsi l'octroi des dérogations²²³. C'est seulement sous cette condition que le pouvoir reconnu à la CNCL est conforme à la Constitution, parce qu'alors il perd tout caractère discrétionnaire, le juge administratif étant compétent pour vérifier le respect des prescriptions législatives l'encadrant.

S'agissant une fois encore de la liberté de communication, le Conseil a confirmé sa jurisprudence précédente dans la décision 304 DC du 15 janvier 1992²²⁴. Il y vérifie effectivement que la loi en cause définit avec une précision suffisante la portée des mesures d'application de la loi, contrôlant qu'elle a déterminé elle-même les proportions minimales d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles protégées et ne renvoyant au règlement que la mise en oeuvre de ces proportions à travers les concepts « d'heure de grande écoute » et « d'heure d'écoutes significatives »²²⁵. Certes, le législateur s'est abstenu de définir concrètement ces concepts, mais le Conseil renvoie à la possibilité pour le juge administratif de contrôler leur bonne utilisation par l'Administration, permettant de déceler toute fraude à la loi, et toute dénaturation de la volonté du législateur.

Dans la même logique, la décision 93-333 DC du 21 janvier 1994²²⁶, contrôle que les pouvoirs confiés au CSA en matière de renouvellement des autorisations hors appel aux candidatures sont encadrés par une série de règles et de garanties posées par le législateur, qu'il appartiendra éventuellement au juge administratif de faire respecter. Ce même CSA peut se voir reconnaître la possibilité d'édicter les dispositions propres à assurer le respect de la langue française dans le fonctionnement des services de radiodiffusion, sans que le législateur méconnaisse sa compétence en matière de libertés publiques²²⁷.

En dehors de la liberté de communication, le Conseil constitutionnel a dû confirmer le rôle de la loi en matière de réglementation de la liberté individuelle et de la liberté d'aller et de venir²²⁸, et pour la définition des conditions d'exercice de la liberté d'enseignement²²⁹.

En attribuant au Parlement la détermination des garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques, la Constitution instaure une véritable

220 *RJC* I-283.

221 35^e considérant.

222 Posant le principe de la liberté de communication, de l'égalité de traitement et de l'expression pluraliste des courants d'opinion.

223 71^e considérant.

224 *RJC* I-481.

225 10^e considérant.

226 *RJC* I-569.

227 Décision 345 DC, du 29 juillet 1994, *RJC* I-595.

228 Décision 352 DC, du 18 janvier 1995, *RJC* I-612.

229 Décision 329 DC, du 13 janvier 1994, *RJC* I-562.

réserve de loi en matière de droits fondamentaux. La loi dispose d'une compétence irréductible pour la réglementation des droits constitutionnellement reconnus, le pouvoir réglementaire étant limité à la mise en œuvre des normes posées par le législateur. On conçoit alors l'importance du rôle attribué à la loi, compte tenu du nombre de droits fondamentaux consacrés au sein du bloc de constitutionnalité, et de la généralité des termes utilisés à l'article 34²³⁰.

Mais cette disposition n'est pas la seule source d'une réserve de loi en matière de droits fondamentaux. D'autres articles du bloc de constitutionnalité renvoient en effet à la loi la réglementation d'un droit fondamental précis. Ainsi, l'article 34 prévoit que la loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété. C'est cet alinéa qui était invoqué, en combinaison avec celui relatif aux libertés publiques, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 283 DC du 8 janvier 1991²³¹. Les requérants estimaient que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence en renvoyant à un décret le soin de définir les catégories de radio et les tranches horaires susceptibles d'accueillir des messages publicitaires en faveur des boissons alcooliques, et à un autre décret les modalités d'autorisation de la publicité par voie d'affiches dans l'enceinte des débits de boissons. Après avoir constaté que de telles restrictions publicitaires affectent sans doute l'exercice du droit de propriété d'une marque et la liberté d'entreprendre, le Conseil considère qu'il revient à la loi de déterminer les cas dans lesquels la publicité en faveur des boissons alcooliques peut être autorisée. En l'espèce, les renvois sont déclarés conformes à la Constitution au moyen d'une réserve d'interprétation²³². Les décrets en question devront tenir compte de l'objectif de la loi, à savoir la protection de la santé publique et plus spécialement celle des jeunes pour déterminer les tranches horaires publicitaires et de données objectives applicables à l'ensemble des boissons alcooliques pour fixer les conditions d'autorisation d'affichage au sein des débits de boisson. Le Conseil constitutionnel s'assure de la sorte qu'il existera une cohérence entre les dispositions réglementaires et les dispositions législatives, bornant de cette façon les capacités normatives des premières. Ainsi, les décrets sont nécessairement assujettis aux règles et principes posés par la loi. Enfin, une fois encore, le Conseil enjoint à l'Exécutif, de respecter le principe d'égalité lors de l'édiction des règlements, en faisant référence à la nécessité de prendre en considération des données objectives communes à toute espèce de boisson alcoolique. Et là aussi on peut supposer que c'est le juge administratif qui sera chargé de contrôler le respect des prescriptions émanant du Conseil constitutionnel. Dans cette affaire, l'invoque conjointe de la réserve de loi en matière de droit de propriété et de celle relative aux libertés publiques montre combien cette dernière permet de couvrir tous les droits fondamentaux qui ne feraient pas l'objet d'une réserve de

230 À noter toutefois que ce dernier semble réserver aux seules libertés publiques concernant les citoyens l'intervention législative. Or, le Conseil constitutionnel dans la décision 269 DC du 22 janvier 1990 (*RJC* 1-392), et surtout dans la décision 325 DC des 12 et 13 août 1993 (*GDCC*, n° 46), a considéré que les étrangers pouvaient être bénéficiaires de certains droits fondamentaux. Est-ce dire que la réserve de loi relative aux libertés publiques ne leur est pas applicable et qu'en conséquence l'Exécutif dispose là d'un pouvoir plus important ? En réalité, la réserve de loi générale de l'article 34 relative aux droits fondamentaux est réitérée par d'autres dispositions spécifiques ne comportant pas de restriction de nationalité. Par exemple, l'article 66 prévoit une réserve de loi propre à la liberté individuelle, sans limite selon les destinataires de cette liberté. Ainsi, à partir du moment où l'on considère comme résolue la question de la détention par les étrangers de droits fondamentaux, la réserve de loi attachée spécifiquement à ceux-ci produit pleinement ses effets.

231 *RJC* 1-417.

232 37° et 38° considérants.

loi spécifique ; en l'espèce, elle autorise à définir une compétence législative minimum concernant la liberté d'entreprendre.

Précédemment, la réserve de loi en matière de droit de propriété avait déjà été invoquée de façon indépendante dans plusieurs affaires. Dans la décision du 17 juillet 1985²³³, le juge constitutionnel estime que l'article déferé du Code de l'urbanisme fixe de façon précise les limitations apportées à l'exercice du droit de propriété²³⁴ et qu'en conséquence, il ne comporte aucune « délégation de la compétence législative ». De la même façon, il rejette le moyen dans la décision 89-267 DC²³⁵ parce qu'il manque en fait²³⁶.

¶ Mais la réserve de loi relative aux droits fondamentaux ne doit pas cacher la diversité des autres réserves de loi.

§ 2 - LA DIVERSITÉ DES RÉSERVES DE LOI

Parfois, la réserve en matière de propriété est combinée, comme le suggère la rédaction de l'article 34, avec celle relative aux obligations civiles et commerciales. Tel est le cas dans la décision 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983²³⁷, où le Conseil annule la disposition législative renvoyant au décret la désignation des représentants des actionnaires, la détermination des conditions dans lesquelles est assurée la représentation d'une personne privée pour l'exercice de ses droits patrimoniaux mettant en cause un principe fondamental du droit de propriété des obligations civiles et commerciales. Par suite, il n'appartenait pas au législateur de conférer au Gouvernement sur ce point le pouvoir discrétionnaire d'assigner des représentants à des actionnaires privés. Le Conseil constitutionnel interdit donc que l'Exécutif dispose d'une trop grande capacité de décision normative. Il doit se contenter d'exécuter, c'est-à-dire de développer les prescriptions législatives en les complétant, mais sans innover. Les normes réglementaires doivent être conditionnées par le contenu de la loi, ne pouvant comporter d'éléments qui ne soient pas en germe dans la législation elle-même. Cette combinaison entre les réserves n'a par contre pas permis d'invalider une loi renvoyant à l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme à participation ouvrière, les modalités d'indemnisation des membres de la société coopérative de main d'œuvre, dissoute du fait de la transformation en société anonyme²³⁸.

Il en est de même dans la décision 260 DC du 28 juillet 1989²³⁹. Les requérants invoquaient, concomitamment, la violation de l'article 34, relativement à la nécessité de définir par voie législative les principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles et la violation de l'article 38 de la Constitution par l'article 15 de la loi déferée. Cette utilisation conjointe de ces deux dispositions constitutionnelles est tout à fait logique puisque l'article 38 représente la seule possibilité pour le législateur d'octroyer à l'Exécutif une habilitation pour intervenir sur les matières qui lui

233 85-189 DC, *RJC* 1-224.

234 17° considérant.

235 22 janvier 1990, *RJC* 1-379.

236 20° considérant.

237 *RJC* 1-157.

238 Décision 94-347 DC, du 3 août 1994, *RJC* 1-600.

239 *RJC* 1-365.

appartiennent, de sorte que si la loi n'exerce pas la compétence que lui confère l'article 34, elle doit alors respecter les exigences de l'article 38²⁴⁰. Pour autant, le Conseil valide le renvoi en constatant qu'était renvoyée la seule fixation des modalités de mise en œuvre des prescriptions législatives. Le conseiller Genevois justifie l'admission du caractère réglementaire du contenu des renvois en énonçant que ceux-ci « permettent un meilleur ajustement de la norme applicable, en fonction de données économiques mouvantes » par rapport à la plus difficile modification de la norme législative²⁴¹. Cette position s'appuie sur la plus grande adaptabilité de l'acte réglementaire aux circonstances de fait caractérisées par leur grande et leur rapide mutabilité²⁴².

Elle n'est pas sans rappeler les décisions rendues à propos de l'instauration d'un mécanisme de blocage des prix, autre forme d'interventionnisme économique. Dans les affaires ayant débouché sur les décisions 143 DC et 166 DC²⁴³, les requérants invoquaient la violation de l'article 34 relativement au renvoi au Gouvernement de la possibilité de mettre fin à un système de blocage des prix. Si le Conseil relève que la loi a tracé des limites de temps et de procédure à l'exercice du pouvoir gouvernemental, il note aussi qu'il tient compte pour délimiter le contenu de la compétence législative, « des exigences propres à un système de contrôle des prix ». Une fois encore, des caractéristiques propres à la réglementation projetée conduisent à un assouplissement de la réserve de loi pour autoriser l'intervention réglementaire. Le juge constitutionnel, tout en observant que le règlement reste subordonné aux prescriptions législatives, considérant l'existence d'un encadrement des pouvoirs de l'Exécutif, admet que les nécessités inhérentes au mécanisme de blocage des prix puissent justifier la compétence réglementaire et partant, la validation de la rétention de la compétence législative.

Enfin, concernant toujours la réserve de loi en matière d'obligations civiles et commerciales, le Conseil constitutionnel en a déduit, en la cumulant avec celle réservant à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, qu'il n'est pas loisible « au législateur d'abandonner totalement au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement », la fixation de l'importance de la représentation des salariés au sein des conseils d'administration ou de surveillance de certaines sociétés du secteur public et annule en conséquence la disposition législative litigieuse²⁴⁴. La réserve de loi relative à la détermination des principes fondamentaux du droit du travail permet quant à elle de vérifier que le législateur ne s'est pas défaussé de sa compétence sur l'UNEDIC²⁴⁵.

240 Ceci explique que l'on ne puisse véritablement parler d'incompétence négative du législateur que dans les cas où le renvoi par lequel celui-ci sous-estime sa compétence, ne répond pas aux conditions imposées aux lois d'habilitation par l'article 38 (exigence d'un délai ; nécessité de déposer un projet de loi de ratification ; recours à des actes qualifiés d'ordonnances, délibérés par le Conseil d'État et signés en Conseil des ministres ; la disposition habilitante devant avoir d'autre part, une origine gouvernementale, l'article 38 ne parlant que de *projet* de loi d'habilitation).

241 « L'extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse », *RFDA* 1989, p. 674.

242 On notera que cette argumentation était déjà avancée sous les Républiques précédentes pour justifier l'utilisation des décrets-lois en matière économique, douanière ou fiscale. L'idée selon laquelle l'interventionnisme économique s'accompagne nécessairement d'une marge de manœuvre plus importante pour le pouvoir réglementaire (Cf D. TRUCHET, « Réflexions sur le droit économique public », *RD* 1980, p. 1035), trouve ici un certain écho.

243 Respectivement du : 30 juillet 1982, *RJC* I-130 et 29 décembre 1983, *RJC* I-175.

244 Décision 83-162 DC, précitée.

245 Décision 94-357 DC du 25 janvier 1995, *RJC* I-622.

L'alinéa de l'article 34 attribuant au Parlement la détermination des principes fondamentaux de la Sécurité sociale constitue également une réserve de loi comme le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de l'affirmer dans trois décisions. Ainsi, le législateur n'a pas méconnu sa compétence en renvoyant à des conventions la définition des rapports entre les médecins et les Caisses primaires d'assurance maladie, ceci ressortissant à la détermination des modalités de mise en œuvre du principe fondamental selon lequel le tarif des honoraires médicaux est fixé par voie de convention²⁴⁶. De la même façon, les parlementaires ont valablement pu renvoyer à un décret en Conseil d'État la détermination des conditions dans lesquelles l'autorité administrative peut suspendre ou dénoncer une convention tarifaire conclue avec un établissement d'hospitalisation privé, en cas de manquement grave de cet établissement à ses obligations, s'agissant de la définition des modalités de mise en œuvre²⁴⁷. En dernier lieu, le législateur peut renvoyer à une annexe à la convention nationale tarifaire le soin de fixer la répartition par zone géographique du montant total des frais d'analyses et d'examen de laboratoire, et précisant les conditions dans lesquelles il est tenu compte des taux de croissance de l'activité et des caractéristiques des laboratoires²⁴⁸. On observe ainsi, au fil de ces décisions, que la compétence législative « en profondeur » est assez peu étendue, le législateur disposant de facultés assez importantes de renvois au profit du pouvoir réglementaire, notamment à travers des conventions conclues entre les différents organismes de Sécurité sociale et les praticiens médicaux ou les établissements hospitaliers, et qui seront homologuées par l'autorité administrative. La loi peut se borner à fixer le contenu de ces conventions qui déterminent une part importante des relations du monde médical avec la Sécurité sociale.

Autre disposition de l'article 34, l'attribution au législateur de la fixation des règles concernant la création de catégories d'établissements publics a permis elle aussi au Conseil constitutionnel d'imposer au législateur l'usage de sa propre compétence. Il a eu l'occasion d'annuler un article de loi renvoyant au décret la fixation de la composition et des modalités d'élection des membres du conseil d'administration des centres de gestion de la fonction publique territoriale, s'agissant d'une catégorie nouvelle d'établissement public²⁴⁹. C'est aussi une solution de non conformité qui préside à la décision 93-322 DC du 18 juillet 1993²⁵⁰, dans laquelle le Conseil fait droit à l'argumentation des requérants selon laquelle le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence en conférant au pouvoir réglementaire la faculté de substituer aux règles définies par la loi du 26 janvier 1984 relativement aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel des normes qu'il viendrait à poser lui-même.

Complétant ce tableau, le juge constitutionnel estime que la fixation des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de l'État implique pour le législateur l'exercice effectif de sa compétence²⁵¹. Il en est de même pour la fixation des règles concernant les nationalisations²⁵², les transferts de propriété

246 Décision 89-269 DC du 22 janvier 1990, *RJC* I-392.

247 Décision 90-287 DC du 16 janvier 1991, *RJC* I-432.

248 Décision 91-296 DC du 29 juillet 1991, *RJC* I-460.

249 Décision 83-168 DC des 19 et 20 janvier 1984, *RJC* I-180, 8^e considérant.

250 *RJC* I-533.

251 Décision 91-293 DC du 23 juillet 1991, *RJC* I-453.

252 Décision 83-167 DC du 19 janvier 1984, *RJC* I-177, 23^e considérant : le Conseil ne refuse pas d'examiner le moyen, mais le rejette seulement parce qu'il manque en fait.

d'entreprise du secteur public au secteur privé ²⁵³ et le régime électoral des assemblées parlementaires ²⁵⁴. Cette diversité des réserves de loi reflète la variété des différents alinéas composant l'article 34 qui ne représente pourtant pas la seule source de ces réserves.

§ 3 - LES SOURCES DES RÉSERVES DE LOI

Pour conclure, on peut relever que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de dégager une réserve de loi à partir d'autres éléments du bloc de constitutionnalité que l'article 34. Ainsi, l'article 72 alinéa 2, aux termes duquel les collectivités territoriales s'administrent librement dans les conditions prévues par la loi ne permet pas de conférer au Gouvernement, statuant par voie réglementaire, le pouvoir de déterminer les catégories de communes autorisées à recruter et à mettre fin librement aux fonctions d'un collaborateur de l'autorité territoriale ²⁵⁵. Mais en réalité, la réserve de loi relative à la libre administration des collectivités locales de l'article 72 est relayée par l'article 34 qui réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales. Ceci s'explique par le fait que le Conseil constitutionnel « ne fait apparemment aucune distinction entre les deux notions, employant indifféremment l'une pour l'autre » ²⁵⁶. C'est ainsi l'article 34 qui est utilisé pour contrôler que le renvoi à un décret en Conseil d'État pour la définition de la notion de logement social, échappant à l'emprise du droit de préemption urbain, ne méconnaît pas la compétence du législateur relativement à la définition des principes fondamentaux de la libre administration, s'agissant de la simple mise en œuvre des règles posées par la loi ²⁵⁷. De même, cet article sert à annuler une disposition législative renvoyant à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence relevant des autres, en méconnaissance de la compétence législative en matière de libre administration ²⁵⁸.

Dans la même perspective, le Conseil constitutionnel a admis que le Préambule de la Constitution de 1946 génère une réserve de loi. Tel est le cas du droit de grève, celui-ci s'exerçant dans le cadre des lois qui le réglementent, selon les termes de ce texte. C'est ce qui a été décidé dans la décision 79-105 DC ²⁵⁹, où la Haute juridiction vérifie que le renvoi à un décret pour la détermination des modalités d'application des conditions fixées par la loi pour assurer un service

²⁵³ Ce qui conduit à une annulation dans la décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *RJC* I-104, la loi ayant confié aux seuls organes des sociétés nationalisées, un pouvoir discrétionnaire en la matière (40^e considérant) ; voir aussi, décision 167 DC précitée, 26^e considérant ; décision 94-346 DC du 21 juillet 1994, *RJC* I-598 ; et décision 347 DC, précitée, 7^e considérant.

²⁵⁴ Décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, *RJC* I-516 : le législateur peut renvoyer à l'Exécutif le soin de fixer la composition, les règles de fonctionnement et les attributions de la commission des partis politiques instituée par la loi déferée pour procéder à l'audition de la Commission nationale de vérification des comptes de campagne, dès lors que celle-ci ne possède aucun pouvoir d'instruction et de contrôle, et que sa mission se limite à cette audition (25^e considérant).

²⁵⁵ Décision 83-168 DC, du 20 janvier 1984, *RJC* I-180, 19^e considérant.

²⁵⁶ L. FAVOREU et L. PHILIP, *GDCC*, n° 32, paragraphe 35.

²⁵⁷ Décision 90-274 DC, du 29 mai 1990, *RJC* I-403.

²⁵⁸ Décision 358 DC, du 26 janvier 1995, *RJC* I-624. Dans cette décision, les requérants soulevaient sept fois le moyen fondé sur la violation de la réserve de loi en matière de libre administration.

²⁵⁹ 25 juillet 1979.

minimum d'émission télévisée, est conforme « à la répartition des compétences opérées entre le domaine de la loi et celui du règlement » ²⁶⁰. Le Conseil a par la suite confirmé sa jurisprudence par la décision 80-117 DC du 22 juillet 1980 ²⁶¹, dans laquelle il constate que la loi litigieuse « ne comporte aucune délégation au profit du Gouvernement... du soin de réglementer l'exercice du droit de grève », et est dès lors conforme à la Constitution ²⁶².

C'est donc bien l'ensemble des textes prévoyant la compétence législative au sein du bloc de constitutionnalité qui institue de véritables réserves de loi. Parfois, le Conseil ne prend pas soin d'individualiser la disposition précise qui lui permet d'exercer son contrôle sur le bon exercice par le législateur de sa compétence. Tel est le cas dans la décision 80-115 DC du 1^{er} juillet 1980 ²⁶³, où il mentionne simplement que « la circonstance que les orientations auxquelles fait référence la loi soient énoncées en des termes généraux ne saurait par elle-même conférer à l'autorité réglementaire chargée d'en déterminer les conditions d'application le pouvoir de fixer des règles ou des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi », se référant de la sorte à l'ensemble des réserves de loi établies, ce qui lui évite de restreindre la portée de son interprétation neutralisante. Pareillement, dans la décision 162 DC ²⁶⁴, il se contente d'affirmer « qu'il était loisible au législateur de renvoyer le règlement de cette question à un décret en Conseil d'État », sans préciser la nature et l'ampleur de la réserve de loi en cause ²⁶⁵. Enfin, dans la décision 198 DC ²⁶⁶, la juridiction constitutionnelle affirme seulement que la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis appartient au législateur, contrairement à la mise en œuvre d'une telle sauvegarde qui relève de l'Exécutif. Il n'opère pas non plus de rattachement précis à une disposition spécifique instituant une réserve de loi dans la décision 323 DC du 5 août 1993 ²⁶⁷, alors même qu'il procède à une annulation. Cependant, cette prise de position témoigne de l'existence d'une réserve générale de loi relative aux droits fondamentaux, qui transcende l'ensemble des réserves spécifiques qui pourraient leur être afférentes. En évitant une référence textuelle précise, le Conseil constitutionnel en arrive à consacrer la compétence première exclusive du législateur pour régir les droits fondamentaux. En France, comme à l'étranger, le régime juridique des droits fondamentaux inclut incontestablement la réserve de loi, ce qui fait de la loi le seul acte susceptible de mettre en œuvre le contenu constitutionnel des droits protégés par la Constitution, le règlement étant, par la suite, seulement compétent pour développer les principes posés par le législateur.

Enfin, dans certains cas, le Conseil se limite à viser de façon générique l'article 34, sans préciser la disposition en cause au sein de cet article. ²⁶⁸

Reste que c'est progressivement l'ensemble des textes faisant référence à la compétence législative qui sont ou seront consacrés en tant que réserve de loi,

²⁶⁰ 3^e considérant.

²⁶¹ *RJC* I-80.

²⁶² 7^e considérant. Sur la méconnaissance de cette réserve de loi par le Conseil d'État, voir *infra*, Titre III, chapitre I, section II, paragraphe 2.

²⁶³ *RJC* I-79.

²⁶⁴ Précitée.

²⁶⁵ Voir aussi, décision 343/344 DC du 27 juillet 1994 (*GDCC* n° 47; *RJC* I-592) où les requérants invoquaient la séparation des pouvoirs.

²⁶⁶ Précitée.

²⁶⁷ *RJC* I-535.

²⁶⁸ Voir par exemple : décision 90-286 DC, du 28 décembre 1990, *RJC* I-429.

c'est-à-dire que cette compétence est désormais opposable au Parlement lui-même. Néanmoins, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement aux incompétences négatives du législateur est susceptible d'appréciations diverses.

Section III

L'APPRÉCIATION DE LA JURISPRUDENCE DE L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE

L'obligation pour le législateur d'exercer pleinement sa compétence a pour principale conséquence la diminution de l'importance corrélatrice du champ ouvert au pouvoir réglementaire. Plus le substrat législatif est important, moins l'Exécutif dispose d'une large marge de manœuvre du point de vue normatif. Il est ainsi conditionné par la forte densité des prescriptions législatives qu'impose, sous peine de censure effective, le Conseil constitutionnel. Si bien que l'effet de cette jurisprudence est de consacrer un pouvoir réglementaire de stricte exécution de la loi, dont la seule fonction réside dans le développement des prescriptions législatives²⁶⁹. Reste qu'il est possible de discuter la portée des exigences de la réserve de loi. Tantôt celle-ci semble impliquer que la loi remplisse l'intégralité du cadre imparti par la compétence législative, tantôt elle paraît se contenter d'un strict encadrement normatif du renvoi opéré.

§ 1 - LA DÉFINITION D'UN POUVOIR RÉGLEMENTAIRE D'EXÉCUTION

La loi se doit de poser une régulation initiale et suffisamment complète, dès lors que la matière traitée fait l'objet d'une réserve de loi. Elle se présente donc comme la norme primaire par excellence, les dispositions réglementaires étant conditionnées par le contenu des dispositions législatives.

Ceci permet d'expliquer pourquoi dans un grand nombre de décisions statuant sur le moyen de la méconnaissance par le législateur de sa compétence, il est fait recours à la technique de la conformité sous réserve²⁷⁰. Elle permet en effet, par la mention, au sein de la décision, de l'interprétation retenue du texte déferé, d'augmenter le substrat normatif applicable au règlement. Elle participe de la sorte au rétrécissement de la marge d'action du pouvoir réglementaire, supprimant toute incertitude dont pourrait profiter l'Exécutif pour accroître ses capacités normatives. C'est parce que cette technique aboutit à un « épaissement » de la loi²⁷¹, par le développement, sous couvert d'interprétation à la lumière de la Constitution, des prescriptions qui y sont

269 C'est sans doute dans l'assignation de cette fonction au Gouvernement qu'il faudrait rechercher l'existence d'un domaine matériel du règlement : celui-ci est cantonné à l'édition des mesures qui, par leur nature, sont nécessitées par l'exécution de la loi.

270 Comme l'a fait remarquer G. SCHMITTER, dans son étude sur « l'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJIC* vol. V, 1989, p. 149. Pour des décisions utilisant cette technique pour rejeter le moyen de la violation de la réserve de loi par le législateur, voir entre autres : 184 DC, 217 DC, 283 DC, 286 DC, 287 DC, 304 DC et 316 DC précitées, cette dernière soulignant que c'est seulement « sous cette réserve d'interprétation » que la disposition déferée est conforme.

271 Et c'est d'ailleurs la critique majeure adressée à la notion de conformité sous réserve, dans la mesure où elle constitue une troisième voie entre l'annulation et la déclaration de conformité pure, donnant l'idée que le juge constitutionnel possède un pouvoir semi-législatif de « reconstruction » – selon les termes de la doctrine italienne – et de réécriture de la loi.

contenues, qu'elle coïncide totalement avec la réserve de loi qui implique de façon concordante, que le législateur exerce suffisamment sa compétence. Ainsi, le recours à la technique de la conformité sous réserve suffit souvent à combler l'éventuelle lacune de la loi, permettant le constat du plein exercice par le Parlement de sa compétence, et partant, la validation de la loi déferée.

Cette nécessité pour la loi d'avoir un contenu minimum implique la précision du texte législatif. C'est en ce sens que le principe de légalité pénale s'intègre totalement à la réserve de loi, en tant qu'il exige que la loi pénale soit suffisamment précise. Dans plusieurs décisions, le Conseil vérifie la précision du texte législatif pour contrôler le moyen de la violation de l'article 34²⁷². Pour autant, le grief d'imprécision invoqué à l'encontre d'une loi ne suffit pas à lui seul à justifier l'invalidation de la loi. C'est ce qui résulte de la décision 82-149 DC²⁷³, du 28 décembre 1982 où les auteurs de la saisine reprochaient à certaines dispositions de la loi cédée d'être entachées d'imprécision. Le Conseil rétorque que « ce grief, à le supposer fondé, ne saurait mettre en cause la conformité de la loi à la Constitution »²⁷⁴, constatant dans ces conditions le caractère inopérant du moyen. Celui-ci n'est qu'un élément d'appréciation du bon exercice de la compétence législative. Il s'intègre à la réserve de loi, par rapport à laquelle il ne possède aucune autonomie. C'est donc dans ce cadre que doit être appréciée la précision éventuelle du texte législatif, et c'est seulement s'il existe une réserve de loi et que l'imprécision de la loi litigieuse aboutit à conférer à l'Exécutif un pouvoir discrétionnaire, que celle-ci aboutira, à travers la réserve de loi, à une annulation. D'ailleurs, l'imprécision de la loi au sens strict ne constitue qu'une hypothèse où le législateur méconnaît sa compétence. Il existe en effet des cas dans lesquels la décision de censure vient sanctionner une carence pure et simple du législateur, c'est-à-dire un vide normatif, le Parlement ayant omis de compléter sa législation. Or, si l'imprécision du texte peut éventuellement être palliée par l'interprétation (d'où, on l'a vu, l'importance de la technique de conformité sous réserve), il n'en est pas de même lorsque la loi s'est abstenue d'édicter certaines normes nécessaires à la plénitude de sa réglementation, le reliquat de compétence non exercée étant trop important pour que le Conseil constitutionnel puisse s'autoriser à le combler.

La jurisprudence sus-exposée du Conseil constitutionnel aboutit donc à la définition d'un pouvoir réglementaire d'exécution de la loi, consacrant par suite la division verticale des compétences entre la loi et le règlement²⁷⁵. À ce titre, c'est à la loi elle-même qu'il revient de définir son propre champ d'application²⁷⁶, le règlement étant impuissant à déterminer les situations de fait

272 Voir par exemple, décision 85-189 DC du 17 juillet 1985, précitée, 17^e considérant : « L'article L 111-5-2 du Code de l'urbanisme fixe de façon précise les limitations apportées à l'exercice du droit de propriété » et dès lors il ne contredit pas la réserve de loi relative au droit de propriété. Voir aussi décision 94-352 DC du 18 janvier 1995, *RJC* I-612, 18^e considérant.

273 *RJC* I-138.

274 7^e considérant. Et ce contrairement à ce qui se passe au Canada, où l'imprécision de la loi constitue un vice propre d'inconstitutionnalité, dès lors qu'est en cause un droit fondamental (P. GARANT, « Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et réglementaires au Canada », *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p. 275-291).

275 Certes, cette division verticale n'est valable que dans les cas où il existe une réserve de loi, mais on verra tout à l'heure que, compte tenu de l'ampleur des réserves de loi instituées par la Constitution de 1958, il n'est pas de régulation de quelque importance qui n'affecte, directement ou indirectement, à un moment ou à un autre, une réserve de loi.

276 Pour Guillaume DRAGO, la jurisprudence dite des incompétences négatives aboutit à « contrôler que le législateur n'abandonne pas au pouvoir réglementaire le champ d'application de la règle posée par la loi », *L'exécution des décisions du Conseil*

qu'elle doit régir. C'est ce qu'ont bien compris les requérants qui centrent parfois leur argumentation sur la dénonciation d'une délégation du législateur du pouvoir de fixer le champ d'application de la loi ou d'une disposition législative²⁷⁷, le Conseil constitutionnel faisant éventuellement droit à leur prétention²⁷⁸.

Un aspect particulier de la détermination du champ d'application de la loi réside dans la fixation de la date de son entrée en vigueur.

§ 2 - RÉSERVE DE LOI ET ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ACTE LÉGISLATIF

Il s'agit là de la définition du champ d'application temporel. Dans la décision 79-104 DC²⁷⁹, le Conseil avait déjà eu l'occasion d'affirmer que le législateur n'avait fait qu'user « des pouvoirs qui lui appartiennent de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte »²⁸⁰, relevant la compétence parlementaire pour la définition des règles inhérentes à l'entrée en vigueur des textes législatifs. Par la suite, le juge constitutionnel a eu l'occasion de préciser le caractère indisponible de cette compétence législative.

Dans l'affaire relative à une loi de finances rectificative pour 1986, était notamment en cause l'article 41 de la loi déferée, abrogeant l'article 1649 ter E du Code général des impôts, mais renvoyant à un décret le soin de fixer la date d'entrée en vigueur de cette abrogation²⁸¹. Notre cour constitutionnelle commence par réitérer qu'il « est du pouvoir du législateur de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte », mais il ne s'ensuit pas que cette capacité soit discrétionnaire. En particulier, le législateur ne peut s'en remettre purement et simplement à l'Exécutif pour la définition des règles relatives à l'application d'une disposition législative dans le temps. Opérant une véritable délimitation du rôle respectif de la loi et du règlement en la matière, le Conseil admet qu'il soit loisible au Parlement de laisser au Gouvernement la faculté de fixer la date à laquelle produira effet l'abrogation d'une loi du fait de l'entrée en vigueur d'un autre texte législatif ; néanmoins, il ne peut, « sans par là même méconnaître la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, lui conférer sur ce point un pouvoir qui n'est assorti d'aucune limite »²⁸². Une fois encore, le pouvoir attribué à l'Exécutif doit nécessairement être conditionné et borné pour qu'il ne dispose que d'une marge d'action très réduite, dès lors que la loi a fixé les principes. Tout en reconnaissant que l'administration peut se voir

constitutionnel, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1991, p. 301. Le Conseil d'État considère lui aussi qu'un décret est impuissant à modifier le champ d'application d'une loi à cause de l'article 34 (Voir CE, 30 juin 1967, *ORGANIC*, Rec. p. 286 ; CE, ass., 27 octobre 1995, *Union maîtrise CFDT*, AJDA 1995, p. 940, RFDA 1996, p. 415, conclusions Denis-Linton).

277 Voir par exemple : décision 167 DC du 19 janvier 1984, précitée, 28^e considérant, décision 237 DC du 30 décembre 1987, précitée.

278 La décision 93-322 DC du 28 juillet 1993, précitée, constitue l'illustration parfaite de l'interdiction pour le législateur de renvoyer inconsiderément à l'Exécutif la détermination des modalités d'application de la loi. En effet, l'économie de la loi censurée se ramenait à autoriser certains établissements publics à déroger, par voie réglementaire, à la loi 84-52 du 26 janvier 1984, ce qui revenait à leur conférer finalement le pouvoir de déterminer le champ d'application de ce texte.

279 RJC I-69.

280 9^e considérant.

281 86-223 DC, du 29 décembre 1986, RJC I-301.

282 14^e considérant.

attribuer un certain pouvoir relativement à l'entrée en vigueur des lois, le Conseil souligne que le respect de la Constitution implique la nécessité de borner ce pouvoir, ce qui n'étant pas le cas en l'espèce, entraîne l'annulation de la loi.

Ultérieurement, le Conseil constitutionnel devait réitérer sa jurisprudence²⁸³, conduisant même à un autre cas d'annulation consécutivement à la carence du législateur qui s'est abstenu de fixer des limites au renvoi opéré au décret pour la détermination de la date d'application, dans les départements d'outre-mer, des dispositions relatives à la taxe départementale sur le revenu et aux attributions du fonds national d'aide aux départements²⁸⁴.

Cette décision revêt une importance particulière quant au régime de l'exécution des lois dans les départements d'outre-mer. En effet, la prévision du report d'entrée en vigueur de certaines lois se fonde sur la possibilité d'apporter des adaptations nécessitées par la situation particulière des DOM²⁸⁵. Ainsi, nombreuses sont les lois prévoyant l'intervention d'un décret pour la détermination de leur date d'entrée en vigueur dans les DOM²⁸⁶, et conférant toute latitude au Gouvernement pour l'édiction de ces actes réglementaires²⁸⁷. Ceci permet à l'Exécutif de gérer le droit applicable dans les DOM, l'autorisant à maintenir en vigueur de façon discrétionnaire des textes, par ailleurs abrogés en métropole du fait de l'application de lois postérieures. Le renvoi opéré aboutit alors à transférer la décision sur la nécessité de dérogation au principe constitutionnel d'assimilation des DOM avec les départements métropolitains, du Parlement vers le Gouvernement. On comprend l'enjeu sous-jacent au contrôle de l'ampleur des renvois législatifs en la matière. L'application d'un régime législatif identique, pourtant voulu par le législateur qui ne fait mention d'un décret que pour tenir compte des spécificités de mise en œuvre propres aux DOM, dépend en dernier ressort de l'intervention inconditionnée d'un décret. Ceci fait dire au professeur Douence que « l'assimilation législative qui est le principe découlant de l'ensemble de la Constitution, sous réserve de l'adaptation prévue par l'article 73 mais inutilisée en l'espèce, est tenue en échec par une disposition législative qui autorise le gouvernement à dissocier les dates d'entrée en vigueur d'une loi uniforme et par conséquent à maintenir *sine die* un régime spécifique

283 Cf. décision 260 DC du 28 juillet 1989, RJC I-365.

284 Décision 90-277 DC du 25 juillet 1990, RJC I-406, 26^e considérant. À noter que dans cette décision, le Conseil énonce une deuxième limite au pouvoir du législateur de fixer les règles de succession des textes : la nécessité de respecter le principe de la rétroactivité *in mitius*. Ceci laisse penser qu'une loi pénale contenant des dispositions répressives plus douces ne pourrait pas renvoyer la fixation de ses modalités d'entrée en vigueur, et donc d'abrogation de la loi plus répressive à l'Exécutif, même si elle prévoyait un strict encadrement de ce renvoi, la loi moins pénalisante devant être d'application immédiate. D'autre part, l'inconstitutionnalité relevée dans cette affaire fait douter de la validité constitutionnelle d'autres dispositions du Code général des impôts. Ainsi, l'article 1649 renvoie à des décrets : la fixation de la date et des conditions dans lesquelles les dispositions relatives à la taxe foncière, à la taxe d'habitation et aux taxes annexes seront applicables dans les DOM ; la fixation de la date d'entrée en vigueur, dans ces départements, de certaines dispositions énumérées ; la fixation de la date à laquelle seront applicables dans les DOM les dispositions relatives à la mise à jour périodique de la valeur locative des propriétés bâties et non bâties. Ainsi, la détermination de l'entrée en vigueur de la réforme de la fiscalité locale directe dans les DOM est largement renvoyée à l'Exécutif, sans qu'aucune limite particulière à ce pouvoir ne soit définie, ce qui paraît en contradiction avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, même s'il n'est pas question que ces dispositions soient remises en cause, considérant le caractère *a priori* du contrôle de constitutionnalité en France, sauf à envisager la possibilité d'exception d'inconstitutionnalité ouverte par la décision 187 DC du 25 janvier 1985, RJC I-223.

285 Article 73 de la Constitution.

286 Cf. F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, Paris, 1982, p. 304-309.

287 *Ibid.*, p. 309.

aux départements d'outre-mer »²⁸⁸. C'est dire que s'agissant de ce problème particulier, les relations entre la loi et le règlement ont un impact certain sur l'effectivité du principe d'assimilation normative.

En imposant la limitation par le législateur des pouvoirs de mise en application d'une loi dans les DOM, le Conseil constitutionnel cantonne l'Exécutif à l'adoption des seules mesures spécifiques destinées à adapter les modalités d'application de ce texte, identique à celui applicable en métropole. Le Gouvernement ne doit pas posséder un pouvoir d'arbitrage entre les textes législatifs qui ne peuvent souffrir de voir leur entrée en vigueur conditionnée au bon vouloir de l'Exécutif. Ce type de pouvoir lui permettrait de décider sur l'assimilation ou sur l'adaptation des mesures législatives, alors que le Conseil constitutionnel a clairement établi la seule compétence du législateur pour déterminer les mesures d'adaptation, dès lors qu'elles concernent, par leur objet, le champ de compétence que lui a imparti la Constitution²⁸⁹.

Même si elle contient en germe la protection du principe d'assimilation, la problématique de la détermination des conditions d'entrée en vigueur de la loi dans les DOM par le pouvoir réglementaire rejoint celle afférente à l'entrée en vigueur de toute loi. Concrètement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel implique que le législateur ne peut renvoyer à l'Exécutif la détermination des conditions d'entrée en vigueur d'un texte que s'il prévoit des limites au pouvoir du législateur, ces restrictions se traduisant par la fixation d'un terme ou d'un délai au sein duquel il a l'obligation d'agir²⁹⁰. Ce sont donc des limites temporelles que doit mettre en place la loi.

Reste que cette obligation n'a été dégagée par le juge constitutionnel qu'à propos de textes législatifs renvoyant expressément leur entrée en vigueur à l'Exécutif. Or, certaines lois ne sont pas applicables tant que les prescriptions réglementaires qu'elles prévoient ne sont pas édictées, ce qui fait que le Gouvernement peut trouver là un moyen de différer l'application de la loi et de laisser éventuellement subsister un régime antérieur. Ainsi, même lorsque le législateur ne confère pas à l'Exécutif la possibilité expresse de déterminer l'entrée en vigueur d'une loi, celui-ci peut trouver une marge de manœuvre dans la sélection de la date d'édiction du règlement indispensable à l'application de la loi. Or, le Conseil constitutionnel n'a jamais imposé à ce type de renvoi de restreindre dans le temps la possibilité d'édicter les règlements qu'il prévoit. Pourtant, ceux-ci autorisent, tout aussi bien que ceux renvoyant expressément à la fixation réglementaire, l'Exécutif à retarder l'entrée en vigueur de la loi. La

288 « L'exécution des lois dans les départements d'outre-mer », note sous CC 277 DC, *RFDA* 1991, p. 350.

289 Décision 82-152 DC du 14 janvier 1983, *RJC* I-142 ; Cf. sur ce point, J.-C. DOUENCE, *op. cit.*, p. 352.

290 La sanction de la violation de cette obligation résidant dans la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire de l'Administration au cas où sa carence normative aurait causé un préjudice, cf. *infra*. La nécessité de borner le pouvoir de l'Exécutif de définir l'entrée en vigueur d'une loi, confirme l'impossibilité d'instituer par voie législative un quelconque mécanisme délégalisateur. En effet, l'explication classique avancée pour justifier la possibilité d'abroger ou de déroger à des normes législatives par voie réglementaire, notamment à la suite de la loi du 17 août 1948, consistait à considérer que cette abrogation était en réalité le fait de la loi d'habilitation, mais que ses effets étaient différés jusqu'à l'intervention des décrets pris en exécution ; or, certaines lois ne prévoyaient aucune limite temporelle à l'intervention de ces décrets – cas de la loi Marie de 1948 –, et seraient donc inconstitutionnelles sous l'empire de la Constitution de 1958, en tant qu'elles remettent à l'Exécutif le soin de définir les modalités de leur entrée en vigueur, lui conférant *ad nutum* d'abrogation par l'effet de la mise en application de dispositions législatives. De façon, plus générale, sur l'impossibilité de concevoir le renvoi au règlement comme un instrument de délégalisation, voir *infra*.

seule différence réside dans le caractère implicite du pouvoir conféré à l'Administration dans le second cas. Mais c'est sans doute cette caractéristique qui explique la différence de traitement entre les renvois. En effet, dans l'hypothèse où la loi renvoie simplement l'édiction de dispositions destinées à la compléter, l'inconstitutionnalité résultant de la carence de l'Exécutif n'est pas la conséquence de la loi, puisqu'elle ne l'autorise pas à fixer son entrée en vigueur, mais résulte du comportement du Gouvernement. Tant et si bien que c'est le juge administratif qui devra juger de la diligence de l'Exécutif à édicter les mesures d'application de la loi²⁹¹. Au contraire, si la loi renvoie expressément la possibilité de déterminer la date de son entrée en vigueur, le juge administratif ne peut que s'incliner devant le pouvoir discrétionnaire octroyé de la sorte à l'Administration, considérant que c'est l'acte législatif lui-même qui fonde la capacité d'option de l'Exécutif. En ce cas, l'inconstitutionnalité procède directement de la loi, et entraîne sa censure devant le juge constitutionnel.

La compétence du législateur pour déterminer les conditions d'entrée en vigueur d'une loi ne fait l'objet d'aucune spécification dans la Constitution. Aussi, doit-on considérer qu'elle se rattache à chaque réserve de loi déterminée par le texte constitutionnel, dont elle constitue le prolongement inéluctable. L'entrée en vigueur de la loi participe de la détermination de son champ d'application et ne peut être laissée en conséquence à la discrétion de l'Exécutif. Ainsi, la définition des règles ou principes sur un secteur déterminé implique la fixation corrélatrice de la date à laquelle ils doivent entrer en vigueur, l'Exécutif disposant dans le cas contraire du pouvoir de dénaturer les prescriptions législatives en sélectionnant selon ses propres préoccupations le moment de leur application. Il revient donc au Parlement soit de fixer lui-même les éléments d'applicabilité de la loi, soit de conditionner strictement l'intervention de l'Exécutif, pour que ce dernier évolue dans le cadre des principes normatifs fixés par la loi. En cela, la jurisprudence relative au délai de mise en œuvre de la loi se rattache exactement à celle des « incompétences négatives ».

§ 3 - LA STRUCTURE DE LA RÉSERVE DE LOI

S'agissant de cette dernière, la question du rattachement de la réserve de loi aux moyens de « légalité » interne a été l'occasion d'une controverse. Pour A.S. Ould Boubout, le Conseil constitutionnel proscrirait seulement les délégations ouvertes du législatif au profit de l'Exécutif, sans que le législateur ait à proprement parler, méconnu sa compétence²⁹². Le Parlement serait uniquement tenu d'encadrer strictement les renvois à l'Exécutif, mais pourrait ne pas « épuiser *totale*ment la sphère de sa compétence »²⁹³. Et cet auteur de conclure que la jurisprudence relative à la réserve de loi concernerait davantage le pouvoir réglementaire que la compétence du législateur, contestant même la qualification de jurisprudence relative à « l'incompétence négative du législateur ».

En réalité, cette démarche méconnaît l'unité profonde qui relie les différentes décisions contrôlant le respect par les parlementaires de leur propre compétence.

291 Et l'on sait qu'il le fera en se fondant sur l'obligation d'agir pour l'autorité chargée de l'exécution de la loi, dans un délai raisonnable, cf. *infra*.

292 *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica-PUAM, 1987, p. 137.

293 Souligné dans le texte. *Ibid.*, p. 136.

Certes, l'observation de la jurisprudence pourrait laisser penser, dans un premier temps, qu'il existe deux modalités différentes d'examen du respect de la compétence législative. D'une part, dans la majorité des décisions, le Conseil vérifie effectivement le bon encadrement du renvoi au règlement, notamment en recherchant l'existence éventuelle de garanties, comme la nécessité d'un avis consultatif²⁹⁴, et renvoyant au juge compétent pour censurer d'éventuelles méconnaissances des prescriptions législatives encadrant le renvoi opéré²⁹⁵. D'autre part, dans d'autres décisions, le Conseil contrôle que le législateur a lui-même édicté les règles relevant de sa compétence, censurant la loi comportant des lacunes, alors même qu'elle ne contiendrait aucun renvoi de la charge d'édicter ces règles à une quelconque autre autorité²⁹⁶. Il est ici reproché au Parlement de n'avoir pas posé certaines règles que lui impose l'exercice correct de sa compétence. Ce n'est pas le défaut de cantonnement de l'Exécutif qui est opposé à la loi, mais l'absence de prévision de norme sur une partie résiduelle de sa compétence obligatoire, et ce indépendamment de l'existence d'un quelconque renvoi.

C'est cette dualité que retrace un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, lorsqu'il écrit que « dans certains domaines... le législateur doit complètement définir les règles lui-même », tandis que dans d'autres, « des délégations sont permises dès lors qu'il s'agit de pouvoirs "encadrés" et non de délégations du "pouvoir législatif" »²⁹⁷. Elle rappelle sans équivoque la distinction entre réserve absolue et réserve relative, connue du droit comparé : si la matière est couverte par une réserve du premier type, la loi doit elle-même définir l'ensemble des règles, tandis que s'il s'agit d'une réserve du second type, la loi peut opérer des renvois au profit de l'Exécutif, sous réserve de les conditionner. Déjà – point supplémentaire de comparaison –, certains auteurs se sont demandés si l'opposition entre les règles et les principes dans la rédaction de l'article 34 ne présageait pas une différence d'intensité de la compétence législative²⁹⁸. Autrement dit, des critères littéraux permettraient de distinguer entre des hypothèses où la loi pourrait renvoyer à l'Exécutif et d'autres où elle devrait poser elle-même les règles.

Mais outre le fait que la pertinence de la distinction entre les deux types de réserve est largement controversée en droit comparé, il n'est pas du tout certain que le droit positif français consacre effectivement une opposition entre la compétence pour fixer les principes et celle pour définir les règles. La plupart des

294 Par exemple, décision 248 DC, précitée, où le Conseil prend soin de préciser que les décrets en question doivent être pris en Conseil d'État après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

295 Voir ainsi : décision 277 DC, précitée.

296 Cf. décision 191 DC, précitée : la loi insuffisamment développée est imprécise, en tant qu'elle autorise deux interprétations différentes. Elle est donc censurée de ce seul fait. Voir aussi, décision 198 DC, précitée, dans laquelle le Conseil constate qu'il « revenait au législateur de déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ». Ceci explique qu'il puisse y avoir des censures pour non respect de la réserve de loi, alors même que la loi n'opère aucun renvoi à l'Exécutif ou à toute autre autorité.

297 B. POUILLAIN, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1986, p. 141. Dans le même sens, voir F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC* 1994, p. 66, pour qui il existe deux formes d'incompétence négative.

298 Voir par exemple G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, licence 2^e année, Les cours de droit, IEP, Paris, p. 152. Plus récemment, le conseiller Genevois a renouvelé l'intérêt de cette dialectique en justifiant une limitation de la compétence législative par le fait qu'il s'agissait d'un « domaine où la loi détermine seulement les principes fondamentaux sans devoir fixer elle-même les règles comme pour d'autres rubriques de l'article 34 » (Note sous CC, 89-260 DC, *RFDA* 1989, p. 674. Voir dans le même sens, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs*, Éd. STH, Paris, 1988, p. 88 et 94).

auteurs le conteste en effet²⁹⁹, le Conseil constitutionnel ayant admis également l'intervention réglementaire dans les deux chefs de compétence.

L'interprétation de la dualité apparente des exigences constitutionnelles réside dans l'intensité avec laquelle le législateur a exercé sa compétence. Comme l'a montré le professeur Philippe, « la question est susceptible de degrés », le Conseil utilisant la technique de la proportionnalité pour opérer le contrôle de la violation de la réserve de loi³⁰⁰. Ainsi, le législateur peut avoir plus ou moins exercé la compétence obligatoire que lui impartit la Constitution, et la censure qui vient sanctionner le caractère incomplet des normes législatives dépend de l'ampleur de leur carence. Elle peut se situer « en amont », dans le cas où les normes manquantes relèvent encore de la compétence législative ; elle peut aussi se situer « en aval », c'est-à-dire à l'endroit de la transition entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire d'exécution. Selon l'importance de l'exercice de la compétence législative, le Conseil reprochera au Parlement d'avoir omis d'édicter certaines règles ou de ne pas avoir suffisamment encadré le « passage de relais » à l'Exécutif en vue de la collaboration internormative. Les deux types de censure, reposant soit sur la non édicition de certaines dispositions par le législateur, soit sur le défaut d'encadrement du renvoi, procèdent donc d'une seule et même logique, mais se situent seulement à des stades différents. L'une intervient parce que la compétence législative n'est pas épuisée, l'autre intervient parce que le pouvoir réglementaire n'est pas assez conditionné par les normes législatives. Mais l'une comme l'autre tendent au plein exercice par le législateur de sa compétence et à la définition corrélatrice de normes s'imposant à l'Exécutif. La différence est seulement de degré, et non de nature, le contrôle portant sur l'éventuelle sous-estimation de sa compétence par le législateur.

À ce titre, la comparaison avec la jurisprudence administrative portant sur des actes réglementaires est tout à fait possible³⁰¹. C'est ce qui explique que la réserve de loi ait été entrevue en France sous l'angle de « l'incompétence négative » du législateur, reflet supplémentaire de « l'administrativocentrisme », c'est-à-dire de la vision du droit constitutionnel à travers le prisme des techniques contentieuses du droit administratif. Ce rapprochement n'est pas sans susciter certaines interrogations quant au rattachement du moyen fondé sur l'insuffisance d'exercice de la compétence législative. En effet, la doctrine administrative est divisée, certains auteurs considérant l'incompétence négative comme une véritable incompétence, d'autres l'analysant comme une erreur de droit³⁰². La question peut être transposée au plan constitutionnel. Certes, les enjeux sont atténués, puisqu'il n'existe pas en contentieux constitutionnel une théorie aussi achevée de la classification des moyens entre légalité interne et légalité externe, par rapport au contentieux administratif.

299 Cf. J.-L. PEZANT, « Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », contribution aux *Mélanges offerts en l'honneur de G. Burdeau*, LGDJ, Paris, 1975, p. 460 : « Tous les commentateurs qui ont analysé les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ont en effet observé que les deux Conseils avaient pareillement choisi d'ignorer l'interprétation littérale du texte constitutionnel pour adopter, en matière de détermination des principes fondamentaux, les mêmes critères qu'en matière de fixation des règles ». De façon plus générale, voir *GDCC*, n° 5, paragraphes 19 à 24.

300 *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1990, p. 197.

301 Cf. G. SCHMITTER, *op. cit.* et J. KERNINON, « L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions », *RA* 1981, p. 479-488.

302 Pour une énumération des tenants des deux thèses, voir X. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 197, note 225. Sur cette controverse, cf. G. SCHMITTER, *op. cit.*, p. 742-146.

Le Conseil constitutionnel rattache, dans la rédaction de ses décisions, le moyen tiré de la violation de la réserve aux moyens basés sur le non respect des règles de compétence³⁰³, mais d'un autre côté, considère qu'il s'agit d'un moyen soulevé « au fond »³⁰⁴, contrairement à ce qui est fait pour les règles relatives à la procédure législative. Mais, encore une fois, il ne semble pas utile de se perdre dans des conjectures sans portée. Il suffit de mentionner que, le considérant comme un moyen classique d'incompétence, le Conseil a admis le caractère d'ordre public de l'argument tiré de l'insuffisance d'exercice de la compétence législative³⁰⁵, n'hésitant pas à l'invoquer d'office contre telle ou telle disposition de la loi déférée. Ceci est évidemment de nature à renforcer l'obligation pour le législateur d'utiliser pleinement sa compétence, tout renvoi bénéficiant, implicitement ou expressément à d'autres organes étatiques.

L'idée selon laquelle la compétence attribuée par la Constitution au législateur n'est pas déléguable, même avec le consentement du Parlement, a véritablement été consacrée en droit positif par la Constitution de 1958. Ce faisant, celle-ci parachève le principe traditionnel du droit public français de l'indisponibilité des compétences³⁰⁶, en le rendant opposable au législateur. Mais ceci est rendu possible parce que les deux conditions nécessaires, dégagées en son temps par Carré de Malberg sont désormais présentes : la Constitution énumère des matières réservées à la loi, et surtout elle met en place un mécanisme efficace de contrôle de constitutionnalité des lois.]

Ceci fait que désormais, le moyen tiré de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence est fréquemment invoqué par les requérants, à propos de nombreuses matières, les réserves de loi consacrées par la Constitution étant très importantes.

Il n'en est pas de même pour les procédures permettant de sauvegarder la compétence normative potentielle de l'Exécutif.

303 Voir par exemple, décision 269 DC, précitée.

304 Cf. par exemple, décision 316 DC, précitée ; pour F. PRIET, article précité, p. 70, l'incompétence négative en droit constitutionnel est assimilable à une erreur de droit.

305 Cf. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat-Monchrestien, 4^e éd., 1995, p. 122 ; T. DI MANNO, *Les moyens et conclusions soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Mémoire pour le DEA de droit public, Aix-Marseille III, 1990, p. 111. Ce dernier auteur met en valeur l'importance des cas dans lesquels l'incompétence négative est soulevée d'office par le juge constitutionnel, soit en tant que moyen, soit en tant que conclusion. Voir aussi l'énumération dressée dans cet ouvrage des hypothèses où l'incompétence négative n'avait pas été mise en avant par les requérants.

306 Principe existant déjà sous l'ancien régime, comme nous l'a fait remarquer aimablement le professeur J.-L. Mestre. Cf. M. ANTOINE, « La notion de subdélégation dans la monarchie d'ancien régime », in *Le dur métier de roi*, PUF, Paris, 1986, p. 61 à 80.

TITRE II

LA RÉSERVE DE LOI ET LE CHAMP D'INTERVENTION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

La consécration d'une réserve de loi par la Constitution du 4 octobre 1958, rapproche le système français des sources normatives de celui existant dans les autres pays européens. Comme à l'étranger, la réserve produit des effets qui modifient les relations entre la loi et le règlement. En particulier, il est constant que le législateur ne peut plus librement définir sa propre compétence, non plus que celle du pouvoir réglementaire. La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux incompétences du législateur témoigne de cet impératif constitutionnel. Non seulement le législateur ne peut plus définir lui-même des normes de compétence, mais encore doit-il les respecter, eu égard à leur valeur constitutionnelle.

La seule spécificité du mécanisme mis en place par la Constitution du 4 octobre 1958, réside dans la définition concomitante de l'espace ouvert au pouvoir réglementaire, à côté de la réserve de loi, si bien que, théoriquement, le législateur ne peut outrepasser sa propre compétence. Dans le cadre français, la réserve de loi apparaît aussi, vue de l'extérieur, comme une limite, au seuil de laquelle débute l'espace constitutionnel du règlement³⁰⁷. Il en résulte que la répartition entre loi et règlement est plus nettement verrouillée qu'à l'étranger, où seul le champ législatif est protégé, la loi pouvant répartir les compétences hors des matières réservées à la loi.]

C'est cette suppression de la possibilité pour la loi de délimiter les compétences normatives qu'il nous faudra décrire dans un premier temps. Par suite, il faudra s'intéresser à l'interprétation à donner aux renvois fréquemment opérés par le législateur à destination du pouvoir réglementaire. En effet, la plupart des lois font appel à l'intervention réglementaire, selon des formules diverses. Il peut s'agir de prévoir, de façon générale, que des règlements pourvoieront à l'édiction des dispositions d'exécution de la loi, ou d'un ou plusieurs articles déterminés. Il est parfois rajouté que ceci se fera « en tant que de besoin ». Plus spécifiquement, les renvois peuvent être finalisés, le législateur appelant l'Exécutif à compléter la loi sur un point précis, en lui « attribuant » l'édiction de certaines mesures. Quelle est la portée de ces renvois, compte tenu de l'impossibilité pour le législateur de modifier la ligne de démarcation entre la loi et le règlement ?

307 Ceci dans les limites exposées *infra*.

Chapitre I

RÉSERVE DE LOI ET HABILITATION LÉGISLATIVE

La voie législative ordinaire proscriit tout abandon par le législateur de sa compétence. Désormais, la loi ne peut plus autoriser le règlement édicté sur son fondement à disposer sur le substrat de compétence attribué par la Constitution au législateur.

Mais à côté de cette voie ordinaire, la Constitution a mis en place, par son article 38, une voie de dérivation permettant, sous conditions, au législateur de renvoyer plus largement à l'Exécutif la charge de définir des normes dans des matières qui lui sont pourtant attribuées.

À travers ces éléments, on voit se profiler la dialectique du système normatif français : le Parlement peut seulement renoncer à la compétence que lui impartit la Constitution sous les conditions et dans les formes prévues à l'article 38. Hors de ce cadre, tous les renvois législatifs qui, sous couvert de l'application de la loi, procéderaient en réalité à de véritables transferts au profit de l'Exécutif sont inconstitutionnels. La logique issue de la Constitution de 1958 impose au législateur une alternative : soit il exerce totalement sa compétence, soit il utilise la possibilité constitutionnelle d'habiliter l'intervention gouvernementale. Le droit constitutionnel positif ne tolère aucune hypothèse médiane, rejetant tout moyen terme constitué par les habilitations insidieuses. Toute tentative de description de la réalité constitutionnelle implique de reprendre chacune de ces deux possibilités antagonistes.

Section I

LA RÉSERVE DE LOI PROHIBE L'HABILITATION LÉGISLATIVE

L'obligation d'exercice qu'inclut la réserve de loi n'est que la conséquence de la détermination par le Texte suprême d'un domaine législatif. En effet, quelle serait la portée de la définition d'un espace normatif au profit des pouvoirs législatifs et réglementaires, si celui-là pouvait déroger à la répartition qu'opère la Constitution ? Comme le montrent les expériences étrangères, la consécration de la Constitution en tant que norme juridique à part entière implique que la loi doive se plier à la volonté délimitatrice des Constituants. Il en résulte que contrairement à la situation antérieure à 1958, la loi n'a plus aucun pouvoir pour définir les attributions respectives du Parlement et du Gouvernement : c'est la délimitation constitutionnelle qui s'impose.

Cet impératif d'exercice effectif de la compétence législative entraîne l'impossibilité pour le Parlement d'opérer des habilitations au bénéfice du Gouvernement, en dehors de la procédure de l'article 38. Le terme d'habilitation, traduisant l'idée même de transfert de tout ou partie d'une matière à l'Exécutif, doit être réservé aux lois votées dans le cadre de cet article. Ce n'est d'ailleurs pas

un hasard si celui-ci est le seul dans la Constitution à utiliser ce vocable en qualifiant de « loi d'habilitation », le texte servant de fondement à l'édition des ordonnances. La réserve de loi prohibe donc l'habilitation.

C'est d'ailleurs ce que le législateur a lui-même eu l'occasion de considérer, tirant ainsi les leçons des décisions du Conseil constitutionnel statuant en matière d'incompétence négative.

§ 1 - LA DÉLIMITATION CONSTITUTIONNELLE DES COMPÉTENCES

La délimitation constitutionnelle des compétences représente une grande innovation par rapport à la situation juridique antérieure. Incontestablement, c'est là que réside la véritable « révolution » de 1958. Comme on a pu le voir, avant la promulgation du texte du 4 octobre 1958, la loi disposait d'un pouvoir souverain pour délimiter la compétence réglementaire. L'explication en avait été apportée par Carré de Malberg constatant, non seulement que la Constitution n'avait réservé que très peu de matières au législateur, mais encore que l'absence de contrôle de constitutionnalité entraînait de toute façon la possibilité de conférer à l'Exécutif des facultés normatives en toute matière. D'ailleurs, on sait que durant la période des III^e et IV^e Républiques, le législateur ne s'était pas privé d'opérer de larges habilitations au profit du gouvernement, transférant parfois des pans entiers de certains secteurs normatifs. Pour ce faire, les techniques employées ont quelque peu varié dans leur dénomination ou dans leur principe, mais elles se ramenaient toutes à un objet unique : pallier les carences de la Constitution en ce qui concerne la définition de la place respective de la loi et du règlement. Qu'il s'agisse de la technique des lois de pleins pouvoirs, des décrets-lois, des lois de délégalisation, des lois-cadres, ou du règlement d'administration publique, le but recherché est de distinguer ce qui relève du législateur et ce qui relève de l'Exécutif. Désormais, la marge de manœuvre du pouvoir législatif est beaucoup plus étroite, le Conseil constitutionnel veillant au respect des prescriptions constitutionnelles impartissant la compétence législative, en censurant tout abandon de compétence législative.

De façon plus générale, c'est l'ensemble du système français des sources qui se voit conférer aujourd'hui valeur constitutionnelle, comme l'ont bien compris les différents partenaires du jeu institutionnel. L'intangibilité de la frontière entre la loi et le règlement paraît acquise, le législateur ayant lui aussi intégré cette donnée.

D'un autre point de vue, l'existence d'une définition constitutionnelle de la loi et du règlement implique certaines conséquences sur leur relation réciproque, notamment du fait de la considération du pouvoir réglementaire comme un pouvoir propre.

A. - La compétence législative est opposable au législateur

De la même façon qu'il ne peut, en principe et de façon irréversible, augmenter sa propre compétence, le législateur n'a pas la capacité de renoncer à l'espace normatif que délimite à son intention la Constitution. Autrement dit, il ne peut consentir à l'extension de la compétence réglementaire, car alors il substituerait sa propre répartition à celle opérée par le Constituant. L'exercice incomplet de la compétence législative doit s'analyser en un transfert de tout ou partie d'une matière du domaine législatif dans le domaine réglementaire. Or, le

Parlement « ne peut valablement ni «déléguer sa compétence» en dehors de la procédure de l'article 38, ni modifier les frontières du domaine législatif et du domaine réglementaire fixées elles aussi par la Constitution »³⁰⁸. C'est déjà ce qu'exprimait, dès 1962, le conseiller Groux dans son étude sur « les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958 ». D'après lui, le législateur serait tenu de fixer avec une précision suffisante les règles, le pouvoir réglementaire ne pouvant instituer que les modalités d'application. Dans le cas contraire, il estime qu'il y aurait détournement de procédure par violation de l'article 38, celui-ci permettant seul au Parlement de renoncer à fixer lui-même les règles en question³⁰⁹.

Procédant à une analyse identique, le professeur Douence considère que « le Parlement ne peut se dérober à sa fonction » et qu'en conséquence, « le législateur ne pourrait consentir une habilitation au Gouvernement car il est désormais tenu de respecter la Constitution ». Or celle-ci a institué deux domaines réservés respectivement à la loi et au règlement³¹⁰. Et là encore, cet auteur reprend l'idée selon laquelle toute méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence constituerait un détournement de procédure par violation de l'article 38 de la Constitution³¹¹.

De même, le professeur Luchaire considère que le domaine législatif est exclusif et que le législateur n'a pas la possibilité de le transférer à l'Exécutif, l'existence de l'article 38 venant corroborer cette prohibition ; la loi ne peut donc permettre à des décrets de pénétrer dans le domaine qui lui est assigné³¹². Et cet auteur fait ressortir la dimension de garantie de la réserve, justifiant qu'elle s'impose au législateur malgré l'expression du consentement parlementaire à l'abandon de compétence : dans ce cas « la victime n'est pas le Parlement, c'est le citoyen auquel la Constitution a garanti que les matières les plus importantes donneront lieu à des débats publics de ses représentants élus »³¹³. L'obligation d'exercice de la compétence législative est ainsi légitimée par l'objet de la réserve de loi, à l'instar de ce qui est fait en droit comparé.

La question s'est posée au contentieux de déterminer la portée de la délimitation constitutionnelle des compétences. Dans l'affaire *Daunizeau*³¹⁴, le problème était de savoir si le législateur avait la possibilité « de modifier sur un point précis l'ordre des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, qui fait l'objet d'une définition constitutionnelle »³¹⁵. Il s'agissait en effet de juger de la possibilité pour un décret, pris en exécution d'un texte à valeur législative, de pénétrer dans le domaine réservé à la loi. Prenant en compte la définition constitutionnelle des compétences, le commissaire du gouvernement Kahn considère que « le législateur fait son travail, le pouvoir réglementaire fait le sien sans que le premier puisse rien déléguer au second ; la délégation est constitutionnellement impossible, en dehors des cas et des procédures de l'article 38. Il n'est pas jusqu'à la pratique du renvoi au règlement

d'administration publique, au décret en Conseil d'État ou à toute autre forme de règlement qui ne soit inconstitutionnelle : car dès lors qu'un règlement tire sa justification de l'article 37, il ne la tire plus de la loi, et les indications du législateur sont désormais sans portée »³¹⁶. Il énonce ainsi clairement que le législateur s'est vu dépossédé, par la Constitution de 1958, de tout pouvoir répartiteur entre les autorités normatives. Et l'on verra tout à l'heure que le Conseil d'État a intégré dans sa jurisprudence la doctrine proposée par son commissaire du Gouvernement, en considérant, lorsque cela est possible, tout appel de la loi au règlement, comme une simple réitération des dispositions constitutionnelles délimitatives, et non comme une habilitation.

Pour le président Odent, lorsque le législateur édicte des textes étendant le pouvoir réglementaire à des matières législatives, en dehors de l'article 38, il commet certainement une inconstitutionnalité³¹⁷.

Au total, l'idée selon laquelle la loi n'est plus maîtresse du domaine d'intervention de la loi et du règlement apparaît bien établie, tant au sein de la doctrine que des juridictions constitutionnelles et administratives.

La dimension constitutionnelle du système français a pour principale conséquence, outre la reconnaissance de deux pouvoirs distincts (même si l'un et l'autre sont dans une relation hiérarchique), l'immutabilité de la séparation entre les deux domaines. C'est ce résultat que doit considérer le législateur.

Certes, la juridiction constitutionnelle impose au législateur le respect de sa compétence, à l'instar de ce que fait le juge administratif vis-à-vis de l'Exécutif. Mais, il est des cas dans lesquels le législateur prend en compte spontanément les exigences constitutionnelles, notamment lorsqu'il tente de réformer les anciennes habilitations désormais incompatibles avec la délimitation constitutionnelle dont on a fait état tout à l'heure. Il s'agit là d'une démarche volontariste suffisamment importante pour devoir être soulignée. À cet égard, l'exemple des tentatives de réforme du Code des douanes paraît significative.

B. - L'admission par le législateur de l'immutabilité de sa compétence

La matière douanière constitue un terrain privilégié quant à l'expression des tendances du Parlement à se défaire sur l'Exécutif de la détermination des règles en la matière. En effet, la célérité est souvent un des impératifs de l'action économique de l'État, afin que les marchés ne puissent anticiper, par des variations spéculatives, les mesures prises. Dans ce cadre, les conditions d'élaboration des actes réglementaires sont souvent préférées à la procédure parlementaire, par nature lente et publique.

Ainsi, l'article 8 du Code des douanes dispose que le Gouvernement peut modifier par décret le tarif des droits de douane d'importation, suspendre ou rétablir ces derniers en tout ou partie³¹⁸. Le même article, issu des lois du 29 mars 1910 et du 15 avril 1954, prévoit une procédure de ratification parlementaire, ces décrets devant être présentés en forme de projet de loi à l'Assemblée nationale, assortis d'une demande de discussion d'urgence.

316 Conclusions non publiées. Citées par J.-M. DUFFAU, in *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé*, thèse droit, Rennes, 1965, dactyl., p. 78 et 79 ; voir aussi, conclusions Kahn sur CE, 7 mai 1971, *Sieur J. Rivière*, AJDA 1971, II, 607.

317 *Cours de droit administratif*, coll. Les cours de droit, IEP, Paris, 1976-1981, p. 248.

318 Aujourd'hui, cet article n'est plus applicable en raison de l'entrée en vigueur de dispositions du droit communautaire qui se substituent à lui. Cf. *Code des douanes*, T. 1, p. 1, 8^e éd., 1^{er} septembre 1989, publication des J.O..

308 G. PEISER, note sous CE 16 juin 1967, AJDA 1968, II, 167.

309 *Notes et études documentaires*, n° 2908, La Documentation française, Paris, 1962, p. 23 et 24.

310 *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, thèse, Bordeaux, 1965, BDP, p. 179.

311 *Ibid.*, p. 178.

312 « Le Conseil d'État et la Constitution », RA 1979, p. 143.

313 *Ibid.*, note 6.

314 CE, 27 janvier 1961, *Rec.* p. 57.

315 J.-M. GALABERT et M. GENTOT, « Chronique générale de jurisprudence administrative », AJDA 1961, I, 76.

Cependant, depuis l'intervention de la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 34 de ce texte réserve au législateur la fixation des règles concernant notamment l'assiette et le taux des impositions de toute nature. Les droits de douane constituant incontestablement des impositions, ils relèvent dès lors du législateur, la seule possibilité de délégation résidant dans l'article 38 de la Constitution ³¹⁹.

Le problème de la compatibilité des dispositions de l'article 8 précité avec la Constitution avait conduit le Sénat à demander un nouveau texte à l'occasion du projet de loi modifiant diverses dispositions du Code des douanes, présenté lors de la session parlementaire de 1963. À l'occasion de la discussion du texte devant la Haute assemblée, le rapporteur, J. Bertaud, définit la question dans son ensemble ³²⁰. Il affirme ainsi qu'en « conférant à la loi et au règlement un champ d'application nettement défini par ses articles 34 et 37, la Constitution de 1958 fait de l'ordonnance le seul acte accompli par le pouvoir exécutif, sur délégation du pouvoir législatif, qui puisse recevoir force de loi par un vote ultérieur du Parlement. C'est donc cette procédure qui aurait dû être utilisée depuis 1958 en remplacement de celle prévue par l'article 8 du Code des douanes de 1954 ».

Tirant les conséquences de ces affirmations, et conscient de la nécessité de mettre en harmonie avec la Constitution survenue le Code des douanes, la commission des affaires économiques proposa de modifier l'article 8 en substituant l'intervention d'ordonnances prises au titre de l'article 38 aux décrets, le texte autorisant l'édiction de ces ordonnances étant inclus chaque année dans le projet de loi de finances. Cette proposition a le mérite de situer le débat : le renvoi législatif, en tant qu'il s'agit ici d'une véritable habilitation législative autorisant l'intervention de l'Exécutif au sein de la réserve de loi, est-il compatible avec les dispositions de la Constitution ou ne doit-il pas être converti en une habilitation de l'article 38 ?

Adoptés par le Sénat, les amendements visant à modifier l'article 8 devaient finalement être rejetés devant l'Assemblée nationale, compte tenu de l'opposition gouvernementale qu'ils suscitèrent ³²¹. En réalité, le devenir des modifications apportées par le Sénat avait été largement conditionné par des avis du Conseil d'État. Dès les débats devant la Chambre Haute, le secrétaire d'État au budget avait opposé aux prétentions réformatrices de cette assemblée, deux avis du conseiller du Gouvernement ³²². Dans l'avis du 1^{er} décembre 1958, la commission permanente de la Haute juridiction avait estimé, à propos de l'article 8 du Code des douanes, que « l'article 34 n'a pu avoir pour conséquence de restreindre, même pour l'avenir les pouvoirs du gouvernement », surtout en une matière qui comporte pour celui-ci la nécessité d'intervenir d'urgence à tout moment. D'autre part, dans l'avis daté du 22 septembre 1959, la section des finances avait estimé que les articles 8 et suivants du Code des douanes n'avaient pas été abrogés par la Constitution. Devant l'Assemblée nationale, le rapporteur pour avis de la commission des lois prit en compte ces consultations. Pour

J. de Grailly, il est clair que « le Conseil d'État a estimé que ces dispositions étaient toujours en vigueur à défaut d'abrogation expresse, qu'elles n'étaient pas devenues caduques par le seul fait de l'application de la nouvelle Constitution » ³²³. Dans ces conditions, la nécessité de la réforme devenait plus douteuse. En effet, en prenant cette position, le Conseil d'État montrait que l'habilitation de l'article 8 n'était pas incompatible avec la Constitution et, d'autre part, que les pouvoirs du Gouvernement subsistaient sans qu'il dût être recouru à l'article 38 de la Constitution.

En dernière analyse, c'est la survie déclarée de cette habilitation au texte constitutionnel qui explique sa non modification, celle-ci devenant inutile. Même si l'on peut s'interroger sur les raisons qui conduisirent le Conseil d'État à considérer que l'article 8 était effectivement compatible avec la Constitution, il n'en demeure pas moins que la consultation du Conseil a sûrement eu une grande influence sur la volonté réformatrice des parlementaires.

Ce débat sur la réforme de l'article 8 pourrait-il avoir lieu, de nos jours, dans les mêmes termes qu'il y a une trentaine d'années, compte tenu de la montée en puissance du Conseil constitutionnel ?

C'est la modification d'un autre article du Code des douanes qui permet d'apporter une réponse (partielle) à cette question. Dans sa rédaction antérieure à 1987, l'alinéa 1 de l'article 215 habilite le ministre du Budget à établir par arrêtés, la liste des marchandises dont les détenteurs ou les transporteurs doivent pouvoir justifier de l'origine à première réquisition des agents des douanes. La question a alors été soulevée de la compatibilité de ce texte, édicté en 1948, avec la Constitution de la V^e République. En effet, « ces arrêtés déclenchent l'application de dispositions qui relèvent incontestablement de la loi, en vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 » ³²⁴. Il est vrai que la réserve de loi est certainement affectée par le caractère discrétionnaire des capacités conférées par cet article à l'Administration pour la définition des marchandises, et la mise en place corrélatrice d'un régime attentatoire aux libertés publiques et au droit de propriété.

C'est ce qui devait motiver la modification de l'article 215, dans le sens d'une réduction des pouvoirs attribués au ministre, par l'article 21 de la loi du 8 juillet 1987 ³²⁵. Le législateur vient désormais conditionner l'opération de définition des marchandises sujettes au régime défini par l'article 215. La nouvelle rédaction ne renvoie plus au règlement que la mise en œuvre des règles préalablement posées par le pouvoir législatif : seuls certains types de marchandises, limitativement énumérés, pourront faire l'objet d'un arrêté de l'autorité administrative. L'administration pourra seulement sélectionner des marchandises qui entrent dans les catégories prévues par la loi. Il s'agit là d'un pur pouvoir d'exécution, légalement conditionné. Ce faisant, le législateur ne commet aucune incompétence négative en renvoyant au pouvoir réglementaire.

La réforme se justifie par la nécessité de modifier les pouvoirs de l'administration afin de tenir compte des impératifs de la délimitation constitutionnelle des compétences. Ainsi, pour le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, il est nécessaire que le Parlement fasse référence, dans la

319 Cf. J.-L. GUIÈZE, *Le partage des compétences entre la loi et le règlement en matière financière*, Bibliothèque de science financière, LGDJ, Paris, 1974, p. 46 : les dispositions de l'article 8 du Code des Douanes, « actuellement contraires à la lettre de la Constitution, prévoient une procédure spécifique et permanente de délégation du pouvoir législatif ».

320 Séance du 24 octobre 1963, *JO débats Sénat*, p. 21, 58 et s.

321 Pour un résumé complet des débats, voir L. HAMON et C. EMERI, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », *RDP* 1964, p. 108 et s.

322 Intervention de R. BOULIN, *JO débats Sénat*, p. 2160.

323 *JO débats Ass. nat.*, séance du 11 décembre 1963, p. 7298.

324 J. LAMARQUE, « Un cas de rétroactivité de la loi pénale : l'article 215 du Code des Douanes appliqué à la détention d'or », *DS* 1985, chronique XLVIII, p. 285.

325 Loi n° 87-502.

loi, à des critères suffisamment précis, sous peine de voir le pouvoir réglementaire se substituer à elle ³²⁶.

Il semble donc que le Parlement prenne désormais en compte l'indisponibilité de sa propre compétence, éventuellement en modifiant en conséquence d'anciennes lois faisant la part trop belle au règlement. À cet égard, on peut parler de dynamique de la jurisprudence constitutionnelle qui, dépassant le strict cadre de l'autorité de chose jugée, pousse le législateur à prendre conscience de l'interdiction de renoncer au domaine que lui attribue la Constitution. De la même façon que la doctrine du Conseil d'État avait certainement contribué à l'intangibilité de l'habilitation formée par l'article 8 du Code des douanes, la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend au contraire à une remise en cause de ces habilitations.]

Ceci est d'autant plus vrai qu'elle ne fait que renforcer une tendance latente au sein des assemblées, comme le montre l'origine parlementaire de la tentative de réforme de cet article 8. C'est ainsi qu'à l'occasion de débats parlementaires, les députés ou sénateurs ont parfois soulevé l'inconstitutionnalité des transferts du pouvoir législatif vers le pouvoir réglementaire, et ce avant même que le Conseil constitutionnel ne constate pour la première fois, l'illicéité de pareils transferts. Par exemple, en 1965, lors du débat en commission sur le projet de loi modifiant l'ordonnance du 4 février 1959, relative au statut général des fonctionnaires, M. Coste Floret émit des doutes sur la constitutionnalité du texte, au motif qu'il tendrait à attribuer au Gouvernement la fixation des garanties accordées aux fonctionnaires, en contradiction avec l'article 34 de la Constitution ³²⁷. En effet, le projet prévoyait que des statuts particuliers, édictés par voie réglementaire, pourraient déroger aux dispositions législatives prévues par le statut général pour ce qui concerne la règle de l'avancement au choix.

De la même façon, le caractère trop général, et donc incomplet des lois discutées, a parfois été relevé. Ainsi, le débat organisé pendant l'année 1966 sur le projet de loi organisant la police d'État fut l'occasion pour certains parlementaires de déplorer que le Gouvernement se voie conférer « un pouvoir discrétionnaire et excessif pour fixer les statuts particuliers des corps de la future police d'État » ³²⁸. Ils voyaient là une « délégation de pouvoirs », incompatible avec l'article 34 de la Constitution ³²⁹.

Autre exemple de prise en compte par les parlementaires de l'intangibilité de la compétence législative, l'exception d'irrecevabilité défendue le 17 avril 1991 par le député G. Drut à l'encontre du projet de loi relatif au congé de représentation en faveur des associations, conteste les renvois opérés au pouvoir réglementaire ³³⁰. Invoquant les articles 34 et 37, ce texte considère que « les renvois au pouvoir réglementaire prévus dans ce projet sont tout à fait excessifs », leur contenu devant relever de la loi en vertu de la Constitution ³³¹.

326 Assemblée nationale, Rapport n° 703, 2^e session ordinaire de 1986-87.

327 Cf. L. HAMON et C. COURVOISIER, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », *RD* 1966, p. 109 et s.

328 Cf. intervention de M. PIC, in *J.O. débats Ass. nat.*, séance du 22 juin 1966, p. 2162. Citée par L. HAMON et C. VAUDIAUX, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », *RD* 1967, p. 318.

329 *Ibid.*

330 *JO débats, Ass. nat.*, 1^{re} séance du 17 avril 1991, p. 1309 et s.

331 Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel ne relèvera pas le moyen fondé sur l'incompétence négative du législateur, se contentant par une interprétation neutralisante de cantonner certains des renvois (Décision 91-299 DC, du 2 août 1991, *Rec.* p. 124).

De même, lors des débats au Sénat sur le projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement, l'intervention de E. Dailly devait conduire à définir par voie législative le taux du prélèvement sur le produit des primes d'assurance, alors que le projet prévoyait un renvoi au décret ³³².

Enfin, la conviction que « si le Gouvernement souhaite prendre des mesures dans le domaine de la loi, la Constitution ne lui ouvre qu'une seule procédure : celle des ordonnances instituées par l'article 38 » ³³³, devait conduire à la suppression de la possibilité d'apporter des adaptations mineures aux lois d'aménagement et d'urbanisme par voie de décrets en Conseil d'État, portant directives territoriales d'aménagement, lors du débat au Sénat sur le projet de loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

S'il faut noter cette prise de conscience par les parlementaires du statut constitutionnel de la répartition normative, dès avant 1967 (date de la première décision rendue sur incompétence négative du législateur), on peut aussi remarquer qu'il s'agit surtout d'un moyen de contestation, utilisé notamment par l'opposition, sans grande portée sur le contenu final du texte. La défense de la compétence législative constitutionnelle apparaît plus comme un élément de lutte politique que comme une nécessité juridique. Ce sera l'effet décisif de la jurisprudence constitutionnelle que de concrétiser la réalité de la délimitation constitutionnelle, la transformant en une donnée objective irréfutable s'imposant à tous.

Le principe du caractère constitutionnel de la délimitation une fois admis de façon convergente par la doctrine, le législateur et le Conseil constitutionnel, il reste à en voir quelques implications.

§ 2 - LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE EN TANT QUE POUVOIR ORIGINAIRE

La séparation constitutionnelle entre la loi et le règlement n'est pas sans conséquence sur le pouvoir réglementaire. Celui-ci, voyant son existence consacrée par la Constitution, ne repose pas sur une délégation législative. Il existe en tant que pouvoir propre, attribué par le texte constitutionnel à titre principal au Premier ministre, indépendamment de toute prévision législative ; en conséquence, le législateur est impuissant à limiter dans le temps la capacité d'action de l'exécutif. À cet égard, la Constitution du 4 octobre 1958 n'apporte aucun changement par rapport aux constitutions précédentes.

A. - L'origine constitutionnelle du pouvoir réglementaire

Le Conseil d'État a consacré dès 1907, l'abandon de la théorie de la délégation législative, admettant de ce fait la nature administrative de l'acte pris sur l'invitation du législateur ³³⁴. Le pouvoir réglementaire se fonde donc directement sur la Constitution, en tant que pouvoir conféré à l'Exécutif, à l'instar du pouvoir législatif, attribué au Parlement. Il ne résulte pas d'un transfert du législateur vers le gouvernement, sa création provenant de la Constitution.

332 *JO débats Sénat*, séance du 11 octobre 1994, p. 4129.

333 Intervention de G. Larcher, *JO débats Sénat*, séance du 2 novembre 1994, p. 4869.

334 *Compagnie des chemins de l'Est et autres*, *Rec.* p. 913, avec les conclusions TARDIEU, GAJA n° 19.

Cette existence autonome du pouvoir réglementaire se traduit par la possibilité d'édicter des règlements spontanés, alors même que la loi pour l'application de laquelle ils interviennent n'a rien prévu. C'est ce qu'avait déjà admis, en leur temps, Carré de Malberg et Duguit³³⁵. C'est ce que confirme Marcel Waline en écrivant, sous l'empire de la Constitution de 1946, que « le fait que le législateur, en votant une loi, a prescrit au président du Conseil de compléter par un règlement d'administration publique certains articles de la loi, n'a nullement pour effet de lui ôter la compétence qu'il tient de la Constitution pour établir par voie de règlement ordinaire les dispositions d'application du reste de la loi »³³⁶. Le professeur de Laubadère suit cette ligne doctrinale, en affirmant « qu'en dehors de toute invitation législative le président du Conseil peut toujours utiliser son pouvoir réglementaire pour compléter une loi »³³⁷. La même doctrine s'est prolongée sous la V^e République³³⁸. La jurisprudence a parfois confirmé cette absence de nécessité d'une autorisation législative pour édicter un règlement d'application de la loi³³⁹. C'est même en ce sens qu'il faut comprendre l'utilisation du terme « autonome », employé par le Conseil d'État dans un arrêt du 8 février 1985, *Association des centres distributeurs E. Leclerc*³⁴⁰ et dans un arrêt du 30 mars 1990, *Fédération des fonctionnaires Force ouvrière*³⁴¹.

S'agissant de la première affaire, la Haute juridiction avait à juger d'un décret de 1982, édictant des sanctions contraventionnelles pour la violation des dispositions de la loi du 10 août 1981, relative au prix du livre. Or, celle-ci avait seulement institué un système de sanctions civiles et n'avait nullement renvoyé au règlement la détermination de sanctions pénales. Le Conseil valide pourtant le règlement, en considérant que « le Premier ministre pouvait légalement, dans le cadre de son pouvoir réglementaire autonome, instituer à titre complémentaire des sanctions contraventionnelles ressortissant en tout état de cause à sa compétence exclusive »³⁴².

335 Cf. *supra*.

336 Note sous Tribunal correctionnel Libourne, 22 février 1952, *Caisse artisanale d'allocation vieillesse de Bordeaux*, D. 1952, J, p. 440. Le jugement commenté avait rejeté l'exception d'illégalité contre un règlement d'administration publique, critiqué au motif qu'il développait tant les articles de la loi du 17 janvier 1948 comprenant un renvoi au pouvoir réglementaire, que d'autres dispositions n'ayant pas prévu l'intervention réglementaire. Les requérants prétendaient que le gouvernement n'aurait pu faire usage de son pouvoir réglementaire que dans la première hypothèse, l'absence de renvoi devant s'interpréter comme la volonté du législateur de proscrire le recours au règlement. Le Tribunal rejeta le moyen en se fondant sur la nature constitutionnelle de la prévision du pouvoir réglementaire. Le professeur WALINE confirme sa position en faveur des règlements spontanés dans son *Traité de droit administratif*, Sirey, Paris, 7^e éd., 1957, p. 116.

337 *Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1953, p. 198.

338 Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Domat Monchrestien, Paris, 7^e éd., 1993, T. 1, n° 698 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 332, note 2 ; F. LUCHAIRE, « Le règlement et l'acte réglementaire », contribution aux *Mélanges L. Hamon*, Economica, Paris, 1982, p. 456 : « Le règlement n'a donc pas besoin d'autorisation législative pour intervenir ; il trouve son fondement directement dans la Constitution ». J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, thèse, Bordeaux, 1965, p. 184-185. Cet auteur, comme le professeur Chapus, admet que ce type de règlement est relativement rare, compte tenu de la fréquence des clauses de renvoi dans les lois.

339 Voir par exemple, CE 2 février 1957, *Jockel*, Rec. p. 82 ; 12 mars 1965, *Fédération des chambres syndicales de négociants importateurs de la métallurgie*, Rec. p. 165 ; 11 décembre 1991, *Département du Val de Marne*, Rec. p. 425.

340 Rec. p. 26.

341 Requêtes n° 76.538, 76.602, 76.795.

342 La Cour de cassation a retenu une solution inverse quant à la légalité du décret du 29 décembre 1982, en soulignant que la loi relative au prix du livre n'a pas prévu l'intervention

Pour ce qui concerne la deuxième affaire, était en cause un décret du 17 janvier 1986, « pris par l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État »³⁴³. Cette loi prévoyait notamment les modalités de recrutement des agents non titulaires de la fonction publique. Celles-ci étaient définies à titre principal par les articles 4 et 6 de la loi, pour l'application desquels l'article 7 avait renvoyé à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les dispositions générales applicables aux agents ainsi recrutés. Le décret déferé avait non seulement fixé ces dispositions générales, mais avait aussi déterminé celles régissant les agents contractuels recrutés sur le fondement des articles 3 et 5 de la loi de 1984, pour lesquelles aucun renvoi au pouvoir réglementaire n'existait. Le décret litigieux ne pouvait donc se fonder que partiellement sur le renvoi de l'article 7, puisque celui-ci était spécifique aux articles 4 et 6, et que le champ, couvert par ses dispositions est plus important que celui prévu par le renvoi législatif. Les requérants arguaient de la violation de l'article 34 de la Constitution, instituant une réserve de loi pour les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires étatiques. Ils se voient rétorquer par le Conseil d'État que le Gouvernement, « agissant sur le fondement tant de son pouvoir réglementaire autonome que de l'habilitation qu'il tient de l'article 7 de la loi du 11 janvier 1984, a pu par un même décret, adopter des règles générales qui s'appliquent non seulement aux agents contractuels recrutés dans les conditions définies aux articles 4 et 6 du même texte », l'article 34 n'impliquant pas « que le législateur doive fixer les principes fondamentaux applicables aux agents non titulaires ».

Dans ces deux arrêts, le Conseil d'État admet la possibilité d'édicter des règlements d'exécution de la loi de façon spontanée, c'est-à-dire sans que soit identifiable un renvoi législatif précis. C'est bien la preuve que le pouvoir réglementaire se fonde directement sur la Constitution et qu'il n'est pas une simple création de la loi, mais possède une existence indépendante des prévisions législatives. Ceci justifie l'utilisation du qualificatif « autonome » par le Conseil d'État dans la motivation de ces arrêts. Les dispositions réglementaires sont autonomes, non point parce qu'elles s'affranchissent du respect des prévisions législatives (tout au contraire, le caractère *secundum legem* de ces actes n'est pas contestable, puisque dans un cas comme dans l'autre, ils se bornent à faire application des dispositions législatives³⁴⁴), mais parce qu'elles se fondent directement sur la distribution constitutionnelle du pouvoir réglementaire, sans intercaler une invitation législative qui, tout en réitérant un pouvoir préexistant, ne peut qu'en altérer les conditions d'exercice³⁴⁵.

d'un acte réglementaire (Cass. crim., 21 mars 1985, *Bull. crim.* n° 121). Ceci devait conduire le législateur, par la loi n° 85-500, du 13 mai 1985, à renvoyer expressément à un décret en Conseil d'État la détermination des peines d'amendes contraventionnelles applicables en cas d'infraction aux dispositions de la loi sur le prix du livre. Le Conseil d'État devait ensuite s'appuyer directement sur cette loi pour valider l'intervention réglementaire du Premier ministre (CE, 22 novembre 1991, *Assoc. des centres distributeurs E. Leclerc*, Rec. T. p. 658).

343 JO 19 janvier 1986, p. 953.

344 Ce que devait reconnaître expressément le Conseil d'État, à propos de la loi sur le prix du livre : dans un arrêt de Section du 24 janvier 1992, *Association des centres distributeurs E. Leclerc*, revenant sur la constitutionnalité du décret du 29 décembre 1982 (déjà en cause dans l'arrêt précité du 8 février 1985) vis-à-vis de l'article 34, il énonce que ledit décret « s'est borné à faire application des règles posées par le législateur » (RFDA 1992, p. 499-509, conclusions P. Hubert), et ce alors même qu'en l'espèce, le renvoi opéré par la loi du 13 mai 1985 (cf. *supra*), n'était pas encore applicable.

345 Cf. *infra*. Cette signification conférée au terme « autonome » permet de retrouver l'opinion du professeur Luchaire pour qui, le règlement n'ayant pas besoin d'autorisation législative pour

La limite de cette capacité d'édiction spontanée des règlements réside naturellement dans le respect du champ inhérent au pouvoir réglementaire : si le pouvoir réglementaire possède un pouvoir propre, c'est à condition qu'il l'exerce dans le champ de compétence que lui attribue la Constitution. On voit à quel point l'attribution d'un pouvoir et la détermination de l'espace sur lequel il est apte à s'exercer sont deux éléments liés. Et c'est seulement dans le cas contraire que l'on pourrait s'interroger sur l'existence (inconstitutionnelle) d'une délégation de pouvoirs.

B. - La permanence du pouvoir réglementaire

Cette considération du pouvoir réglementaire en tant que pouvoir propre se manifeste aussi par le deuxième apport de la décision *Compagnie des chemins de fer de l'Est*. Cet arrêt décide en effet que « lorsque le chef de l'État est chargé par le législateur d'assurer l'exécution d'une loi par un règlement d'administration publique, ce mandat n'est pas en principe épuisé par le premier règlement fait en exécution de cette loi »³⁴⁶. L'Exécutif conserve ainsi la possibilité d'édicter des règlements postérieurs qui viendraient modifier ou compléter l'acte réglementaire initial. Il n'est pas besoin que le législateur se prononce à nouveau. Cette permanence du pouvoir réglementaire traduit l'origine constitutionnelle de cette faculté normative.

De même, l'assignation d'un délai pour agir au pouvoir réglementaire n'est pas susceptible, une fois celui-ci expiré, de remettre en cause les capacités d'action de l'Exécutif. C'est ainsi que conformément à l'arrêt du 6 décembre 1907, un règlement peut toujours être substitué, en tout ou partie, à un autre règlement, et ce malgré l'expiration du délai imparti par le législateur pour édicter les normes d'application de la loi³⁴⁷. Outre l'intérêt pratique de cette jurisprudence (il n'est pas utile de recourir au Parlement pour chaque modification du règlement, ce qui serait un obstacle considérable à l'adaptation des normes d'application de la loi à l'évolution des circonstances, faisant perdre tout intérêt à l'utilisation de la voie réglementaire), elle témoigne de l'indépendance de l'existence du pouvoir réglementaire, en tant qu'il se fonde directement sur la Constitution, par rapport aux prévisions législatives : ce n'est pas la loi qui délègue à l'Exécutif une fraction de pouvoir pendant un délai déterminé, mais la loi ne fait qu'inviter le Gouvernement à user d'un pouvoir qui lui appartient en propre, à tout instant.

La même solution prévaut pour les règlements initiaux d'application : ceux-ci peuvent encore être édictés malgré l'échéance du terme fixé par la loi, la juridiction administrative ayant toujours considéré que ce délai avait simplement valeur indicative³⁴⁸. Aux termes même de la motivation des arrêts du Conseil

intervenir, puisqu'il trouve toujours son fondement directement dans la Constitution, « il est donc toujours autonome et ne tire pas sa force de l'exécution de la loi » (Contribution aux *Mélanges Hamon*, précitée). Ce terme se confond alors avec la notion de règlement spontané.

346 Jurisprudence encore actuelle. Voir par exemple, CE 30 mars 1960, *Comptoir agricole et commercial*, Rec. p. 237 ; cf. J.-F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutifs en droit public français*, LGDJ, Paris, 1966, BDP 65, p. 235 ; GAJA, p. 116 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., n° 698.

347 Voir par exemple, CE, ass., 7 avril 1933, *Caisse régionale du Crédit Agricole du Sud-Est*, Rec. p. 437.

348 Cf. J.-F. LACHAUME, op. cit., p. 238 et les arrêts cités à la note 152. Voir aussi M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Sirey, Paris, 1957, 7^e ed., p. 118 ; à cela il faudrait ajouter l'intérêt lié aux conséquences juridiques de cette jurisprudence : il ne peut être reproché à un règlement d'application de ne pas contenir l'ensemble des indications nécessaires à l'application de la loi (CE, 2 mai 1962, *Syndicat départemental d'électrification des Côtes du*

d'État, la disposition fixant un délai ou un terme doit s'interpréter comme marquant « seulement la volonté du législateur d'assurer l'application rapide de la loi », et n'a donc pas « pour effet d'empêcher le Gouvernement d'user de son pouvoir réglementaire après l'expiration dudit délai »³⁴⁹. Là encore, les pouvoirs normatifs de l'Exécutif étant indépendants de la loi, il n'appartient pas au Parlement de priver d'effets une disposition constitutionnelle. C'est l'interprétation de la loi conformément à la Constitution qui commande de considérer comme dénués de valeur impérative les encadrements temporels du pouvoir réglementaire.

Récemment, le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence relativement à la possibilité pour le Gouvernement d'édicter des actes d'application de la loi, malgré l'expiration du délai, dans l'affaire du permis à points. La loi n° 89-469 du 10 juin 1989, après avoir établi le principe du permis à points, renvoyait à un décret en Conseil d'État le soin de définir les modalités d'application et énonçait que les dispositions de la présente loi relative au permis à points entreraient en vigueur à une date fixée par décret, qui ne pourrait être postérieure au 1^{er} janvier 1992. Or, le décret en question, fixant notamment le nombre de points initial, n'est intervenu que le 25 juin 1992³⁵⁰. C'est sur la base de cette contradiction légale que fut déféré ce décret. En effet, pour certains auteurs, faute pour le décret d'être intervenu avant le terme législatif, la détermination des règles renvoyées par le législateur à l'autorité décrétable « a échappé à la compétence de l'Administration et est retombée dans le domaine législatif »³⁵¹. Une position identique a été retenue, avant que ne statue le Conseil d'État, par certains tribunaux de police, jugeant par le biais de l'exception d'illégalité. Ainsi, le Tribunal de police de Saint-Dizier, dans un jugement du 23 septembre 1992, décide que le décret du 25 juin 1992 « a été adopté après le 1^{er} janvier par une autorité ayant perdu sa compétence réglementaire »³⁵².

Par l'arrêt *Diemert* du 23 octobre 1992³⁵³, le Conseil d'État admet la légalité du décret déféré. Selon la motivation de son arrêt, le législateur, en prescrivant l'échéance du 1^{er} janvier 1992, a seulement manifesté sa volonté que le permis à points soit en vigueur avant cette date, et qu'à cet effet le Gouvernement édicte toutes les mesures qui s'imposent. Mais, « il n'a pas entendu décider que la loi ne sera pas appliquée, au cas où le Gouvernement ne prendrait pas, dans le délai prévu, le décret mentionné par la loi ».

Nord, Rec. p. 285) le Gouvernement étant toujours à temps d'édicter par la suite les dispositions nécessaires. Parallèlement, les dispositions d'application de la loi peuvent toujours être fractionnées entre plusieurs règlements, malgré l'unicité du renvoi législatif (CE, 20 novembre 1953, *FNDIRP*, Rec. p. 511). Voir aussi : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., n° 750 ; J.-C. VENEZIA, « Les mesures d'application », contributions aux *Mélanges Chapus*, Domat-Monchrestien, Paris, 1993, p. 674, et R. ODENT, *Contentieux administratif*, coll. Les cours de droit, IEP, Paris, 1976-80, p. 356.

349 CE, ass., 31 mars 1950, *Société mutualiste des professions libérales*, Rec. p. 212.

350 Décret n° 92-559, JO 28 juin, p. 8522.

351 J.-P. DOUCET, « Le permis à point est-il entré en vigueur ? », *Gazette du Palais* du 5 au 7 juillet 1992, p. 2. Dans la même optique, M. COUZINET, « Permis à points et droit pénal », *DS* 1992, chronique L, p. 256, parle de prescription des droits de l'Administration.

352 Cité par N. BODSON, « De la légalité du permis à points », *LPA* 1992, n° 133, p. 10. Voir aussi, statuant dans le même sens, Tribunal de grande instance de Vesoul, 1^{er} octobre 1992 ; Tribunal de grande instance de Saint-Dié, 1^{er} octobre 1992, *Gaz. Pal.* 25 octobre 1992, p. 15 et s. Tribunal d'instance de Confolens, 23 octobre 1992, *Gaz. Pal.* des 7 et 8 décembre 1994, p. 33.

353 Rec. p. 374 ; *DS* 1992, Jurisprudence, p. 512, conclusions Legal.

Comme l'exprime le conseiller Massot, la tâche d'exécution des lois est une « compétence que le Gouvernement tient *en permanence* de l'article 21 de la Constitution et non d'une habilitation particulière du législateur »³⁵⁴. On retrouve l'idée selon laquelle il n'y a pas transfert de pouvoir entre le législatif et l'Exécutif, celui-ci implique que le Parlement ne peut disposer de la compétence réglementaire prévue par la Constitution. Le pouvoir réglementaire de droit commun n'est pas assimilable à celui existant dans le cadre de l'article 38 de la Constitution : celui-ci est temporaire et provisoire, en tant que la loi d'habilitation contient nécessairement, aux termes de l'article 38, un délai pendant lequel peut agir l'Exécutif, tandis que celui-là résulte d'une attribution définitive de la Constitution. C'est cette confusion entre deux pouvoirs totalement distincts qui explique que certains auteurs aient pu penser que les délais d'action de l'Exécutif étaient expirés.

D'autre part, censurer le décret pour méconnaissance du délai législatif aurait abouti à conférer au Gouvernement le droit de paralyser, en s'abstenant d'édicter les mesures d'application dans l'intervalle temporel, la décision législative³⁵⁵. L'Exécutif aurait ainsi disposé d'une sorte de droit de veto.

Cette (relative) indépendance du pouvoir réglementaire qui se manifeste par l'impossibilité pour le législateur de restreindre la durée d'exercice des facultés normatives conférées à l'Exécutif directement par la Constitution et par l'opposabilité de l'absence de renvoi législatif pour contester la validité de l'intervention réglementaire, amène à s'interroger sur l'intérêt du renvoi. Celui-ci doit naturellement s'apprécier dans la perspective de la définition constitutionnelle des compétences.

Section II

DE L'IMPOSSIBILITÉ D'ÉLUDER LA RÉSERVE DE LOI PAR LE RECOURS À L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION

À première vue, il pourrait paraître surprenant qu'un exposé sur la réserve législative fasse une place à l'article 38 de la Constitution. En effet, cet article autorise le Gouvernement à prendre, sous les conditions qu'il indique, des mesures relevant du domaine de la loi. Il permet ainsi au Parlement de ne pas utiliser la compétence que lui impartit le bloc de constitutionnalité. Cette disposition a donc pour conséquence de placer provisoirement entre parenthèses les effets de la théorie de la réserve de loi, des ordonnances étant compétentes pour régir, à titre principal, les secteurs normatifs transférés en vertu de l'article 38. Or, la nature réglementaire de l'ordonnance non ratifiée ne fait aucun doute tant pour le Conseil d'État³⁵⁶, que pour le Conseil constitutionnel³⁵⁷.

Il semble alors que l'on aboutisse à une paralysie des effets de la réserve, tels qu'ils ont été déjà décrits : la loi renonce à sa propre compétence, dans une matière qui lui appartient pourtant en vertu de la Constitution, au profit du

354 « Nul n'est censé paralyser la loi », note sous CE, 23 octobre 1992, *LPA* 1992, n° 133, p. 6.

355 Cf. conclusions Legal, précitées, p. 515.

356 Voir entre autres, 3 novembre 1961, *Damiani, Rec.* p. 607.

357 29 février 1972, 72 L, *Rec.* p. 31. (et ce malgré les critiques d'une partie de la doctrine ; cf. M. WALINE, *Manuel de droit administratif*, Sirey, Paris, 1969, T. I, p. 111).

pouvoir réglementaire ; et ceci en toute régularité constitutionnelle³⁵⁸. Pourtant, en dehors des apparences, et sans renier la régularité des considérations antérieures, il est possible d'affirmer que la réserve législative n'est pas absente de la mise en œuvre de l'article 38 de la Constitution. Ici encore, ressort nettement le caractère crucial de cette institution. L'objet des développements ultérieurs sera donc de démontrer le bien-fondé de cette proposition.

Pour ce faire, il ne sera pas utile d'établir la théorie des ordonnances de l'article 38. D'une part, ce travail dépasserait les limites du présent sujet ; d'autre part le point a déjà été fait sur la question³⁵⁹.

En ce qui nous concerne, nous nous limiterons à constater que les ordonnances ne peuvent intervenir que sur la base d'une loi préalable. On est donc bien en présence d'un phénomène de renvoi législatif. Reste alors à examiner comment sont contrôlées ces remises législatives, notamment du point de vue de leur amplitude, afin de déterminer s'il existe des standards, conditions de leur validité. On découvrira que l'on peut définir aussi, dans le cadre de l'article 38, une variété d'incompétence négative du législateur.

D'un autre côté, il peut arriver que les ordonnances posent des normes de compétence. Tel est le cas lorsque celles-ci renvoient au pouvoir réglementaire de droit commun certains aspects des secteurs normatifs normalement réservés à la loi. Cependant, ces actes ne sont pas exempts de contrôle juridictionnel. Et il appartient aux juridictions compétentes de censurer les ordonnances qui n'épuiseraient pas totalement la compétence que leur a transférée le législateur sur le fondement de l'article 38. Mais ici, quel peut être le référent, apte à définir la compétence obligatoire de l'auteur de l'ordonnance, si ce n'est la réserve législative ?

§ 1 - LE CONTRÔLE DES RENVOIS OPÉRÉS PAR LA LOI D'HABILITATION

Les ordonnances de l'article 38 ne sont en aucun cas semblables aux décrets-lois du type italien ou espagnol. Les Constitutions de ces deux pays admettent en effet la possibilité pour le Gouvernement d'émettre des normes provisoires, dans les cas de nécessité et d'urgence, et ce sans que soit nécessaire une loi autorisant leur intervention³⁶⁰.

La Constitution française prévoit, tout au contraire, que le Gouvernement doit demander au Parlement l'autorisation de prendre des ordonnances³⁶¹, l'alinéa 2 qualifiant cette autorisation parlementaire de « loi d'habilitation ».

En tant que telle, cette loi peut faire l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution³⁶². Il est ainsi possible de définir une densité minimale de la loi d'habilitation et d'en tirer les conséquences sur l'encadrement normatif du contenu de l'ordonnance. On pourra alors comparer les relations loi d'habilitation-ordonnance avec les relations loi-règlement.

358 L'article 38 de la Constitution de la V^e République prévoyant expressément ce que l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 n'avait pas osé explicitement interdire.

359 Voir dernièrement, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, PUAM-Economica, 1996, coll. Droit public positif.

360 Article 86 de la Constitution espagnole ; article 77 de la Constitution italienne.

361 Article 38-1.

362 Jurisprudence constante depuis la décision 76-72 DC du 12 janvier 1977 ; *Rec.* p. 31.

A. - L'exigence de précision de l'habilitation

Tant la Constitution italienne que la Constitution espagnole réglementent strictement l'édiction des décrets législatifs (comparables aux ordonnances, dans la mesure où ils sont édictés sur le fondement d'une loi votée *ex ante*). L'article 76 de la première prévoit que « l'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au Gouvernement que dans le cadre de principes et de critères d'orientation... et pour des objets définis ». Lui faisant écho, l'article 82-4 de la seconde précise que « les lois d'habilitation délimiteront avec précision l'objet et la portée de la délégation législative et les principes et critères qui doivent inspirer son exercice ».

Par conséquent, la Constitution française prévoit seulement que les ordonnances peuvent être prises pour l'exécution du programme du Gouvernement. Est-ce à dire que la loi peut conférer aux autorités exécutives un pouvoir sans limites, sorte de blanc-seing et ce pendant la durée qu'elle fixe ? La loi d'habilitation ne serait alors qu'une simple norme de compétence, qui, dérogeant à la répartition constitutionnelle des compétences, opérerait un renvoi global à la réglementation gouvernementale.

Telle ne devait pas être l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel. Dans la décision 76-72 DC ³⁶³, la Haute juridiction précisait que « s'il est spécifié à l'article 38... que c'est pour l'exécution de son programme que le Gouvernement se voit attribuer la possibilité de demander au Parlement l'autorisation de légiférer, par voie d'ordonnance, ... ce texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement lors du dépôt de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre ». Un lien est ainsi établi entre la notion de programme et l'encadrement des ordonnances par la définition de buts assignés.

Les décisions 207 DC ³⁶⁴ et 208 DC ³⁶⁵ sont venues parachever cette jurisprudence. Les requérants justifiaient notamment leur saisine en arguant de la violation par les lois déferées, de l'obligation qui s'impose à toute loi d'habilitation de fixer avec précision les objectifs poursuivis par le Gouvernement ³⁶⁶. Et si le Conseil constitutionnel valide les deux lois en cause, c'est seulement après avoir vérifié, force réserves interprétatives à l'appui, que le moyen n'était pas fondé.

Il résulte de cette jurisprudence que la loi d'habilitation doit contenir un minimum de précisions qui vont s'imposer lors de l'édiction des ordonnances. Autrement dit, une loi qui ne délimiterait pas assez le pouvoir du Gouvernement de régir les matières qui font l'objet d'une réserve législative serait inconstitutionnelle. Ceci est bien la preuve que même dans le cadre de l'article 38 de la Constitution, le législateur ne peut renoncer totalement à sa compétence. On est ici en présence d'un noyau dur irréductible.

Il est donc possible d'affirmer que la loi d'habilitation a un contenu impératif et que le Conseil constitutionnel assure le respect de cette règle. Cette loi ne peut renvoyer inconsidérément à l'édiction d'ordonnances. Ainsi, comme le notent les professeurs Favoreu et Philip « du point de vue du contenu (de la loi d'habilitation), le contrôle du Conseil constitutionnel va porter surtout sur le

³⁶³ Cf note précédente.

³⁶⁴ Rec. p. 61 ; GDCC n° 39.

³⁶⁵ Rec. p. 78 ; GDCC n° 40.

³⁶⁶ Cf. lettre de saisine, in JO.

degré de précision des diverses dispositions autorisant le Gouvernement à intervenir par ordonnances » ³⁶⁷. D'ailleurs, la jurisprudence de 1986 constitue un gage de la volonté du Conseil de censurer toute loi d'habilitation trop large, le législateur commettant alors une incompétence négative.

Une matière législative ne peut être intégralement régie par voie d'ordonnances ; il faut qu'une *lex previa* fixe un certain nombre de principes directeurs. Ceci permet de distinguer les ordonnances de l'article 38 de la notion de pleins pouvoirs. Par le biais de la jurisprudence constitutionnelle, on arrive à une parité entre les conditions d'habilitation en droit français et celles posées par les Constitutions espagnole et italienne.

Finalement, on peut affirmer que s'il n'existe pas de matières législatives exclues du champ d'application de l'article 38 ³⁶⁸, il existe néanmoins une répartition de type vertical entre l'ordonnance et la loi d'habilitation : celle-ci ne doit pas être ambiguë au point de permettre que la définition des finalités de la réforme normative appartienne à celle-là.

Mais, comme l'ont remarqué certains auteurs, le fait que les lois d'habilitation doivent être plus détaillées n'est pas sans conséquence sur le caractère discrétionnaire du contenu de l'ordonnance ³⁶⁹.

B. - La relativité de la distinction entre ordonnances et règlements d'application

Dans son étude précitée, le doyen Favoreu axe sa démonstration sur les décisions sus-analysées de la juridiction constitutionnelle. Selon lui, « l'ordonnance aurait pu être un « règlement autonome ». Il n'en est rien ! En 1986, le Conseil constitutionnel lui a donné beaucoup des caractéristiques d'un règlement d'application des lois » ³⁷⁰.

Effectivement, il résulte de la nécessaire précision de l'habilitation que c'est la loi qui doit fixer les grandes orientations qui iront par la suite s'imposer au Gouvernement dans l'édiction de l'ordonnance. L'assignation par la loi d'habilitation de finalités précises réduit d'autant la capacité décisionnelle de l'auteur de l'ordonnance. Celle-ci ne pouvant intervenir que dans un domaine strictement délimité, tout accroissement de l'obligation normative de l'un se fait au détriment de l'autre.

Au total, l'ordonnance apparaît comme un simple prolongement de la loi d'habilitation. Elle ne possède aucune autonomie quant à la détermination du résultat à atteindre ; seul le choix des moyens à mettre en œuvre lui est imparti, à travers la modification des règles alors en vigueur dans le secteur concerné.

Les ordonnances doivent se conformer aux choix opérés par le législateur. De ce point de vue, le bénéficiaire de l'ordonnance ne se voit conférer aucun pouvoir discrétionnaire. En insérant dans d'étroites limites le pouvoir d'édicter des ordonnances, le Conseil constitutionnel substitue le pouvoir discrétionnaire du législateur à celui du Gouvernement : il appartient au législateur, et à lui seul, de

³⁶⁷ GDCC n° 39, paragraphe 15.

³⁶⁸ Comme le sous-entendait le Président Mitterrand en déclarant, malgré le considérant n° 7 de la décision 208 DC, que la tradition républicaine imposait la compétence parlementaire en matière de réforme électorale. Sur ce point, voir L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Economica, Paris, 1989, p. 116.

³⁶⁹ Voir notamment L. FAVOREU, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? », *RFDA* 1987, p. 686-699.

³⁷⁰ *Op. cit.*, p. 691.

sélectionner et de valider ou non les objectifs retenus par le Gouvernement et que celui-ci concrétise dans le projet de loi d'habilitation.

Cette exigence d'un lien étroit entre loi d'habilitation et ordonnances, combinée avec le caractère *secundum et intra legem* de celles-ci³⁷¹, valide la comparaison avec le règlement d'application.

S'ensuit-il pour autant un alignement des pouvoirs conférés au Gouvernement dans le cadre de l'article 38 sur le pouvoir réglementaire de droit commun ? Ce serait alors dénier tout intérêt à cette procédure.

En réalité, on a vu précédemment³⁷² que la théorie de la réserve législative impliquait au minimum (dans les cas de réserve dite relative) que la loi encadre strictement les renvois réglementaires en ces matières. Or, il est incontestable que le recours aux ordonnances laisse au Gouvernement une marge de manœuvre plus large : seuls les objectifs lui sont assignés dans une perspective téléologique.

Il n'existe donc pas d'identité des champs d'intervention de chacun des pouvoirs réglementaires. D'ailleurs ceci se comprend dans la mesure où il est certain que les lois de l'article 38 sont aussi des lois de compétence en tant qu'elles autorisent l'édition de normes réglementaires dans le domaine réservé.

En posant la question de l'assimilation des ordonnances à des règlements d'administration publique³⁷³, le doyen Favoreu n'est pas étranger à cette problématique.

En effet, on a vu que pour les auteurs classiques, le règlement d'administration publique (RAP) permet une extension du domaine d'intervention du pouvoir réglementaire. « Pacte entre le législatif et l'exécutif » selon la formule de Maurice Hauriou, il autoriserait le règlement à régir les matières législatives qui lui seraient concédées³⁷⁴. Pris en exécution d'une habilitation, le règlement d'administration publique se présentait comme un pur règlement d'application de la loi. Il s'agissait d'une technique législative de répartition entre loi et règlement³⁷⁵.

Ceci exposé, la similitude entre les deux actes est frappante. Comme le RAP, l'ordonnance intervient sur la base et dans les limites d'une loi, qui doit définir précisément les objectifs qui lui sont assignés ; comme le RAP, l'ordonnance dispose d'un « droit d'entrée » dans les matières réservées et la loi et donc d'une compétence élargie par rapport au pouvoir réglementaire dans ces mêmes matières : les deux institutions permettent au Gouvernement d'accroître les compétences qui sont les siennes.

Ainsi s'explique l'emploi du terme « habilitation » par l'article 38 : c'est la loi qui autorise, en vertu de la Constitution et dans les conditions que celle-ci prévoit, le Gouvernement à régir des matières qui sont interdites, à titre principal, à son pouvoir normatif.

En définitive, si la jurisprudence constitutionnelle aboutit à ce que la loi d'habilitation conserve son caractère de norme primaire, elle n'exclut pas que la délimitation de la compétence des ordonnances soit originale par rapport à la délimitation résultant de la théorie de la réserve législative. Dans le cas de recours

371 Impossibilité pour le Gouvernement d'édicter spontanément des ordonnances ; nécessité pour celles-ci de respecter le cadre de la loi d'habilitation.

372 Cf. *supra*.

373 Article précité.

374 Cf. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1929, p. 264.

375 Sur tous ces points, cf. *supra*.

à l'article 38, le Gouvernement dispose d'une marge de manœuvre substantielle quant à la réalisation des objectifs finalisant les pouvoirs qui lui sont conférés.

En conclusion, on peut affirmer que la définition d'une compétence obligatoire pour la loi d'habilitation transforme les ordonnances en des règlements pris en exécution de celle-ci. Pourtant, il n'existe pas d'identité avec la compétence minimum définie par les articles 34 et autres : l'ordonnance est le seul cas (constitutionnel) où le pouvoir réglementaire peut pénétrer dans le domaine de la loi.

Une fois définies les relations entre ordonnances et lois d'habilitation, il faut maintenant analyser le contenu de l'ordonnance.

§ 2 - LE CONTRÔLE DES RENVOIS OPÉRÉS PAR LES ORDONNANCES

La question qui va être étudiée ici est celle du rapport entre l'ordonnance et le pouvoir réglementaire de droit commun. Concrètement, il arrive que les actes pris en vertu de l'article 38 renvoient certaines questions à des décrets ou à des arrêtés. Or, il ne faut pas oublier que les ordonnances interviennent, à titre principal, pour régir des matières réservées à la loi. Existe-t-il de ce fait une compétence minimum que l'auteur de l'ordonnance aurait l'obligation d'exercer ?

On verra qu'une jurisprudence permet de répondre positivement à cette interrogation.

D'autre part, il ne faut pas oublier que l'article 38 résulte de la volonté des constituants de constitutionnaliser la technique des décrets-lois. Il existe alors une parenté certaine entre les deux procédés. Ceci explique que le Conseil d'État ait maintenu une continuité jurisprudentielle entre le contentieux des décrets-lois et celui des ordonnances³⁷⁶.

Il sera donc pertinent de considérer le sort réservé aux renvois réglementaires contenus au sein des décrets-lois.

A. - Le contrôle du contenu de l'ordonnance par rapport à la réserve législative

Pour ce qui nous concerne, on exclut ici les hypothèses où l'ordonnance, sortant du cadre de la loi d'habilitation, aurait empiété sur une matière réservée à la loi. En effet, il arrive fréquemment au juge de l'ordonnance de vérifier que celle-ci n'a pas outrepassé les limites de la loi d'habilitation³⁷⁷. Mais ceci se ramène alors à un cas classique d'incompétence positive, l'ordonnance ayant envahi le domaine de la loi sans y avoir été autorisée par la loi d'habilitation.

On s'intéressera davantage à la situation où l'ordonnance n'utilise pas pleinement la capacité qu'elle possède de réglementer une matière législative et subdélègue ce pouvoir au règlement. Cette problématique a donné lieu à contentieux, et c'est tout l'intérêt de l'arrêt du Conseil d'État *Fédération nationale des syndicats de police*, rendu le 24 novembre 1961³⁷⁸.

376 Cf. L. FAVOREU, « Ordonnances ou règlement d'administration publique ? », *RFDA* 1987, p. 688 : « (Pour le Conseil d'État) les ordonnances sont des décrets-lois et s'applique à elles tout naturellement la jurisprudence élaborée sous les III^e et IV^e Républiques ». Voir aussi R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de Droit, I.E.P. Paris, 1976-1981, p. 369.

377 Et à cet égard, la valeur réglementaire de l'ordonnance non ratifiée prend tout son sens, puisqu'elle permet d'opérer un contrôle de l'ordonnance par rapport à la loi d'habilitation.

378 *Rec.* p. 658 ; *AJD* 1962, II, 114, observations V.S. ; *DS* 1962, p. 424, note FROMONT.

Dans cette espèce, était en cause l'article 10 de l'ordonnance n° 60-885 du 18 août, prise sur le fondement de la loi d'habilitation du 4 février 1960. Celui-ci avait pour objet de remplacer l'article 1^{er} de la loi du 28 septembre 1948, relative au statut spécial des personnels de police. L'économie de cette disposition était de renvoyer à un décret en Conseil d'État la détermination du statut spécial réglant les dispositions communes applicables à l'ensemble des personnels de la sûreté nationale ainsi que la fixation des statuts particuliers des différents corps. Pour ce faire, ces décrets étaient autorisés à déroger à toute disposition de l'ordonnance du 4 février 1959 portant statut général des fonctionnaires.

L'Assemblée du Conseil d'État, après avoir considéré que les garanties fondamentales reconnues au personnel de police faisaient partie des matières énumérées par l'article 34, au titre des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État, confirme que ce secteur peut être réglé par voie d'ordonnances.

Ceci établi, elle censure les dispositions de l'article 1^{er} au motif que celles-ci, « loin de déterminer ces garanties, donnent au Gouvernement tout pouvoir de régler par décrets en Conseil d'État le statut de ces personnels, les dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959 ... ne demeurant applicables à ceux-ci que dans la mesure où le Gouvernement aura choisi de ne pas y déroger ; qu'il s'ensuit que l'article 1^{er} 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 le dit article viole l'article 34 de la Constitution ».

L'invalidation de l'ordonnance se fonde sur un trop large renvoi au décret. L'acte déferé ne fixait aucune règle³⁷⁹. Il se contentait d'autoriser le pouvoir réglementaire à sélectionner parmi les dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959 celles qu'il voulait rendre applicables et celles auxquelles il voulait déroger.

L'ordonnance n'ayant établi aucune disposition de fond, elle apparaissait comme une simple règle de compétence, une autorisation au profit du pouvoir décentralisé. De ce fait, le renvoi opéré ne pouvait être que trop étendu.

On en arrive à la conclusion que le Conseil d'État accepte de contrôler la suffisance du contenu de l'ordonnance. Il est nécessaire que le Gouvernement ait épuisé la compétence que lui a conférée le législateur. L'auteur de l'ordonnance ne peut commettre, lui non plus, d'incompétence négative.

Dans ce contexte, la réserve législative sert d'élément de référence. En effet, elle définit le champ de compétence de la loi. L'ordonnance étant substituée, dans les conditions de l'article 38 et sous les réserves énoncées tout à l'heure, à la loi, c'est donc tout naturellement par rapport au domaine de la loi que s'appréciera son cadre d'intervention. Ceci explique que ce soit l'article 34 de la Constitution qui serve de fondement à l'annulation.

Pour autant ne peut-on tirer d'autres conséquences de cet arrêt ? La question se ramène à déterminer s'il faut y voir une simple application de la jurisprudence (classique) sur l'obligation pour toute autorité administrative d'exercer pleinement sa compétence, ou si l'on peut en inférer une interprétation particulière de l'article 34.

La réponse à cette question se trouve dans les fondements de l'arrêt du 24 novembre 1961. La motivation de celui-ci oppose le caractère limité du délai d'édition des ordonnances à la permanence du pouvoir réglementaire décentralisé.

379 Au sens de l'article 34.

Finalement, le renvoi au décret permettait au Gouvernement de s'affranchir des limites temporelles résultant du caractère provisoire de l'intervention dans les matières législatives³⁸⁰. Celui-ci aurait alors disposé d'une base juridique pour fonder définitivement sa compétence (du moins tant que l'ordonnance n'aurait pas été abrogée), et ce dans une matière réservée à la loi.

Ainsi l'ordonnance avait pour effet de « transférer dans le domaine réglementaire une matière qui est constitutionnellement du domaine de la loi »³⁸¹.

Selon le Conseil d'État, la définition constitutionnelle du domaine de la loi s'impose et prévaut sur le transfert opéré par l'ordonnance déferée. La réserve législative a donc pour effet d'interdire l'intervention du pouvoir réglementaire dans les matières énumérées. Si la capacité des ordonnances à régir celles-ci se justifie, c'est seulement dans la mesure où cette possibilité est limitée dans le temps.

L'article 34 se présente, au vu de l'arrêt analysé, comme une norme prohibant qu'une ordonnance renvoie « au décret le soin de prendre des mesures qui sont du domaine de la loi »³⁸² et ce parce qu'il interdit les mutations permanentes entre domaine de la loi et du règlement.

Dès lors l'interprétation qui est valable pour l'ordonnance ne l'est-elle pas aussi pour la loi ? D'une part, l'article 34, norme constitutionnelle, s'impose tant au pouvoir réglementaire qu'au pouvoir législatif. D'autre part, l'ordonnance intervient en substitution de la loi, sur son domaine réservé.

Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater l'harmonie de cette solution avec la jurisprudence constitutionnelle sur les renvois de la loi au pouvoir réglementaire³⁸³.

Il semble donc que le Conseil d'État retienne la conception selon laquelle l'article 34 impose au titulaire de la compétence qu'il délimite³⁸⁴ de l'exercer pleinement, sans renvois trop étendus au pouvoir réglementaire. C'est d'ailleurs en ce sens que M. Fromont interprète cette décision³⁸⁵ : « Le Conseil d'État a affirmé dans notre affaire qu'une matière appartenant au domaine de la loi ne pouvait être régie que par une loi ou une ordonnance, mais qu'elle ne pouvait pas l'être en partie par un texte de valeur législative et en partie par des textes réglementaires ».

Même limitée à l'hypothèse des ordonnances, il n'est pas exclu que le Conseil constitutionnel ait un jour l'occasion de confirmer la jurisprudence du Conseil d'État sur les subdélégations au pouvoir réglementaire. On sait en effet que notre tribunal constitutionnel accepte de contrôler la régularité des ordonnances au travers de la loi de ratification³⁸⁶.

Certes, la déduction selon laquelle, pour le Conseil d'État, l'article 34 (et par extension l'ensemble de la réserve législative) proscrire toute subdélégation de compétence, se fonde sur un cas jurisprudentiel unique. Mais, outre le fait qu'il n'existe pas de jurisprudence contraire, la décision analysée puise ses origines

380 L'article 38 alinéa 1 disposant que l'édition des ordonnances est seulement possible « pendant un délai limité ».

381 M. FROMONT, note précitée, p. 426.

382 C. MÉRENTIER, *op. cit.*, p. 311.

383 Cf. C. MÉRENTIER, *op. cit.*, p. 310 et s. : cet auteur met en parallèle les décisions constitutionnelles avec l'arrêt du 24 novembre 1961.

384 Pouvoir législatif en temps normal ; Gouvernement en cas de recours à l'article 38.

385 Cf. note précitée, p. 427.

386 Cf. décision 84-170 DC du 4 juin 1984, *RJC* I-183 ; cf. aussi *GDCC* n° 39, paragraphe 8.

dans les arrêts de la Haute juridiction administrative rendus en matière de décrets-lois.

B. - Les antécédents de cette jurisprudence : la vérification des renvois opérés par décret-loi

La problématique est comparable à celle précédemment décrite : des décrets-lois, pris sur la base d'une loi d'habilitation, renvoient au pouvoir réglementaire l'édition de certaines mesures. On va examiner, dans le cadre de cette partie, les solutions apportées à cette question par le Conseil d'État sous l'empire des Constitutions de 1875 et de 1946.

1. - C'est encore une fois à la formation contentieuse suprême de la Haute juridiction qu'il revenait de poser les lignes directrices de la jurisprudence. Tel est l'objet de l'arrêt *Amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'État* du 27 décembre 1938³⁸⁷. Le Gouvernement était autorisé, de par l'article 36 de la loi du 28 février 1934, à prendre toutes les mesures d'économie qu'exigerait l'équilibre budgétaire.

Sur ce fondement, intervint le décret du 14 avril 1934 attaqué en ses articles 1 et 4. Ceux-ci, aux termes mêmes de l'arrêt, « sans fixer en aucune manière les principes d'une réforme des conditions d'attribution de la carte et de la retraite du combattant dans un but d'économie, se bornent à décider que ces conditions... pourront désormais être modifiées par des décrets simples ou par des arrêtés interministériels ». Dans cette espèce aussi, le Gouvernement avait utilisé la loi d'habilitation pour seulement poser une règle de compétence et, en quelle que sorte, s'auto-conférer la capacité permanente de régler la matière.

Ceci énoncé, l'Assemblée censure les dispositions litigieuses, motifs pris de ce que les pouvoirs conférés par la loi de 1934 au Gouvernement « ne l'autorisaient pas à renvoyer à des décrets simples ou à des arrêtés ministériels la détermination même des mesures d'économie à prendre ».

Autrement dit, l'auteur du décret-loi doit exercer la totalité de la compétence qui lui est déléguée et ce sans possibilité de la déléguer lui-même. Toutefois, les renvois réglementaires par décrets-lois ne sont pas systématiquement proscrits. En effet, le décret-loi conserve la possibilité de confier au pouvoir réglementaire de droit commun la fixation des mesures d'application du dispositif qu'il énonce. C'est ce que relève expressément la décision sus-analysée.

Si l'exercice de sa compétence est obligatoire pour le bénéficiaire de l'habilitation, celle-ci n'inclut pas l'édition de mesures de détail qui pourront être régies par le pouvoir réglementaire ordinaire. Tel est, en résumé, l'apport de la décision du 27 décembre 1938. Cette jurisprudence fut confirmée par la suite à de nombreuses reprises, notamment à propos des lois des 13 avril et 5 octobre

387 S 1939, 3, 33 note P. LAROQUE ; D. 1939, 3, 57, note L. ROLLAND.

1938³⁸⁸, de la loi du 11 juillet 1953³⁸⁹, et de la loi du 14 août 1954³⁹⁰ et enfin, pour la loi du 16 mars 1956³⁹¹.

2. - À ce stade, il nous faut pousser le raisonnement plus loin et voir en quoi intervient la notion de réserve législative dans cette jurisprudence.

On retrouve le même genre de justification que dans l'arrêt *Damiani*³⁹². À ce niveau aussi, c'est l'intégrité de la réserve législative qui sert de trame au raisonnement.

Le point de départ est toujours l'opposition entre le caractère temporaire de la capacité gouvernementale d'édicter des décrets-lois et la permanence du pouvoir réglementaire ordinaire. En effet, les lois d'habilitation comportent toujours une limite temporelle ; et après l'expiration de ce délai, les décrets-lois ne peuvent plus être modifiés que par la loi³⁹³. Cette durée écoulée, « les domaines qui auparavant étaient réservés au législateur échappent de nouveau à l'Exécutif »³⁹⁴.

À l'inverse, les renvois opérés par décrets-lois fondent une compétence définitive qui n'est pas assujettie à une durée limitée comme a eu l'occasion de le juger expressément le Conseil d'État³⁹⁵.

Cette jurisprudence s'expliquerait par le fait qu'il « n'appartenait pas au Gouvernement de s'attribuer ainsi le pouvoir de réglementer en des matières qui, à l'expiration des délais prévus, devaient rentrer dans le domaine réservé à la loi »³⁹⁶. Il s'agit donc de préserver la réserve législative contre un empiétement du pouvoir exécutif.

Tel est aussi le sentiment du commissaire du Gouvernement Grévisse dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes lièges d'Algérie*³⁹⁷. Pour celle-ci, la règle selon laquelle le décret-loi doit prendre les mesures répondant à l'objet défini par la loi d'habilitation et ne peut renvoyer que la détermination des modalités d'application n'a « de portée utile qu'en ce qui concerne les matières auparavant réglées par la loi ou traditionnellement réservées à la loi ».

En l'absence de définition constitutionnelle précise du domaine de la loi, on retrouve la référence à la réserve de fait, résultant de l'intervention de la loi dans un domaine déterminé, et à la tradition constitutionnelle.

388 CE 16 avril 1943, *Fédération nationale des syndicats des officiers brevetés*, Rec. p. 104 ; CE 11 juin 1948, *Société Sud-lumière*, Rec. p. 263.

389 CE 16 janvier 1957, *Fédération nationale de la menuiserie artisanale française*, Rec. p. 30 ; CE 2 juillet 1958, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs de lait*, Rec. p. 407 ; CE 15 juillet 1958, *Sieur Dain et autres*, Rec. p. 459 ; CE ass., 2 décembre 1960, *Union des voies ferrées*, Rec. p. 655.

390 CE, ass., 7 mars 1958, *Confédération nationale des associations de sinistrés*, Rec. p. 152.

391 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, Rec. p. 74, AJDA 1958, II, 130, conclusions GRÉVISSE.

392 Précité.

393 Cf. J. SOUBEYROL, *Les décret-lois sous la quatrième République*, thèse, Toulouse, 1955, p. 14. On notera que l'alinéa 3 de l'article 38 de la Constitution de 1958 prévoit lui aussi que les ordonnances qui seraient intervenues sur des matières législatives (ce qui est l'hypothèse la plus courante) ne peuvent plus être modifiées que par la loi.

394 P. LAROQUE, note précitée sous CE, ass., 27 décembre 1938.

395 Assemblée, 2 décembre 1960, *Union des voies ferrées*, précité.

396 P. LAROQUE, note précitée, p. 34.

397 Précité ; conclusions in AJDA 1958, II, 130.

Et S. Grévisse d'illustrer son opinion par l'arrêt *Sud Lumière*³⁹⁸. Si le Conseil d'État annule, dans cette espèce, « la disposition du décret-loi qui renvoie au décret simple, c'est parce que le décret-loi qui se bornait à créer une surtaxe chargeait le décret simple d'en fixer le taux, c'est-à-dire de prendre une *mesure qui ne relevait que de la loi* ou du décret-loi ». Le principe de légalité fiscale imposant la compétence du législateur pour déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée de l'imposition³⁹⁹, elle ne pouvait être déléguée au pouvoir réglementaire, du moins sans limites, de temps notamment.

3. - La réserve législative a donc une influence sur la nécessaire prévision d'un contenu minimum pour le décret-loi. Celui-ci, en tant qu'il intervient comme substitut provisoire de la loi, ne peut procéder à des dégradations normatives au profit de l'Exécutif sous peine d'annulation.

En ce sens, la décision *Damiani* n'est que la continuation de la jurisprudence antérieure. Cependant, il faut bien voir que le fondement de l'annulation repose, dans l'arrêt de 1961, sur la violation de la loi d'habilitation. Ce changement du fondement de la jurisprudence révèle la volonté du Conseil d'État de surveiller plus strictement les renvois opérés par ordonnance, et ce, en profitant de la définition plus précise du domaine de la loi par la Constitution de 1958⁴⁰⁰. On retrouve ici encore une conséquence de l'institution d'une véritable réserve législative en 1958 : la définition de matières réservées limite strictement l'intervention, au sein de ces matières, du pouvoir réglementaire.

Même dans l'hypothèse constitutionnelle où le Gouvernement est habilité à régir des matières législatives, il existe un domaine inexpugnable de la loi sur lequel l'ordonnance ne peut empiéter. L'article 38 est donc source d'une réserve (spécifique) de loi. Ceci témoigne d'une part de l'importance de la loi dans le concept d'État moderne et d'autre part, du caractère central de la réserve législative en tant qu'institution.

Enfin, il existe un point d'intersection entre la jurisprudence administrative sur les incompétences négatives de l'autorité administrative et la jurisprudence constitutionnelle sur les incompétences négatives du législateur : ce sont les cas dans lesquels le Gouvernement intervient, en lieu et place du législateur, pour réguler une matière législative. Les renvois au profit du pouvoir réglementaire doivent alors se limiter aux simples mesures d'application de l'ordonnance. Il semble que l'on puisse déduire de cette jurisprudence assise que, pour le Conseil d'État, l'article 34 de la Constitution impose que le détenteur de la compétence qu'il institue épuise nécessairement celle-ci.

³⁹⁸ Précité.

³⁹⁹ Cf. article 14 DDHC.

⁴⁰⁰ C'est ce que fait ressortir M. FROMONT dans sa note précitée, en s'appuyant sur les conclusions du commissaire du Gouvernement.

Chapitre II

LA PORTÉE DU RENVOI LÉGISLATIF

Antérieurement à 1958, on comprend aisément que le renvoi opéré par la loi au profit de l'exécutif ait pu avoir une importance primordiale : en l'absence de définition constitutionnelle de l'espace attribué au pouvoir réglementaire, il constituait le moyen juridique de détermination du champ ouvert à celui-ci. Expression des potentialités délimitatrices du législateur, le renvoi législatif se présentait comme le référent principal du contrôle de la légalité de l'acte administratif, du point de vue de l'examen de la compétence. L'objet du contrôle contentieux résidant avant tout dans la vérification du caractère *intra legem* du règlement, il est évident que le renvoi jouait un rôle important dans le contentieux de l'acte administratif.

Désormais, la loi ne possède plus un pouvoir discrétionnaire de détermination du pouvoir réglementaire, la Constitution ayant établi sa propre délimitation. Cette modification du niveau hiérarchique du système normatif implique que les renvois législatifs sont à leur tour obligés de respecter un texte supérieur.

On peut alors se poser la question de savoir si le renvoi législatif conserve une quelconque utilité, compte tenu de sa nécessaire sujétion à des normes préexistantes.

Section I

L'UTILITÉ PERDUE DU RENVOI LÉGISLATIF (APRÈS 1958)

Antérieurement à 1958, le renvoi législatif était aperçu comme comportant élargissement du pouvoir réglementaire. Cet élargissement pouvait être considéré d'un point de vue tant matériel que formel.

§ 1 - LE RENVOI, INSTRUMENT D'HABILITATION

Les auteurs classiques, et notamment Carré de Malberg, avaient démontré que le renvoi législatif autorisait, par lui-même, une extension matérielle du pouvoir réglementaire, au-delà de la simple mise en application de la loi⁴⁰¹. Il permettait ainsi au règlement d'établir de véritables prescriptions complémentaires de l'acte législatif. C'est dire qu'en renvoyant au règlement sur un point précis, la loi lui octroyait corrélativement compétence pour procéder à la régulation de celui-ci.

Cette description, établie sous l'empire de la Constitution de la III^e République est parfois réitérée sous la Constitution actuelle. Selon le

⁴⁰¹ Cf. *supra*.

professeur Douence, la loi peut, moyennant un renvoi, « conférer à l'Exécutif des pouvoirs qu'il ne saurait exercer spontanément »⁴⁰².

En particulier, le règlement d'administration publique (RAP) pourrait toujours contenir des dispositions outrepassant la compétence réglementaire normale si l'habilitation législative le permet⁴⁰³. Ainsi, le président Odent considère que l'injonction du législateur, contenue dans le renvoi préalable au RAP, a pour effet d'autoriser l'Exécutif « à excéder les limites normales de la compétence réglementaire »⁴⁰⁴. Ceci signifie que la Constitution aurait laissé intacte la configuration du RAP. *A priori*, cette prise de position ne laisse pas de surprendre.

En effet, pacte entre le législatif et l'Exécutif (selon la fameuse formule de Maurice Hauriou), le RAP est toujours pris sur habilitation de la loi qui prévoit son intervention. Il s'agit du « type même des règlements d'exécution de celle-ci »⁴⁰⁵. Technique de délimitation des compétences, il était admis, avant 1958, que l'invitation adressée au Gouvernement d'édicter un RAP ouvrait à celui-ci une compétence réglementaire plus étendue que la simple compétence habituelle d'exécution des lois⁴⁰⁶.

Compte tenu de ces caractéristiques, de nombreux auteurs se sont demandés si le système mis en place par les articles 34, 37 et 38 de la Constitution n'avait pas implicitement écarté le principe même du recours au RAP.

Pour le président Odent, la solution est claire : « en bonne logique, la Constitution de 1958 impliquait la disparition des RAP. La distinction rigide établie par les articles 34 et 37 entre domaine de la loi et celui du règlement aurait dû interdire... les autorisations données par la loi au pouvoir réglementaire d'intervenir dans des matières législatives par nature »⁴⁰⁷. Comme on l'a vu, la délimitation constitutionnelle des compétences proscribit toute possibilité d'élargissement, par voie législative, de l'espace réglementaire. Dans ces conditions, le RAP perd l'une de ces deux caractéristiques principales⁴⁰⁸ : à l'instar des autres formes d'acte réglementaire édicté sur le fondement d'un renvoi législatif, le RAP ne peut plus, après 1958, élargir l'espace réglementaire. La Constitution de la V^e République a donc eu pour conséquence de banaliser le RAP, en lui retirant toute capacité délimitatrice.

402 *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, op. cit., p. 213.

403 J.-F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes exécutoires...*, op. cit., p. 231 et s., et les auteurs cités. Celui-ci doute pourtant de cette possibilité, la Constitution ayant interdit que le législateur fasse bénéficier l'Exécutif d'une habilitation législative lui permettant d'atteindre des matières exclues de la compétence réglementaire de droit commun ; *ibid.*, p. 234.

404 *Cours de contentieux administratif*, op. cit., p. 358. Voir aussi, p. 269 : « l'injonction adressée au Gouvernement d'user du pouvoir réglementaire à une certaine fin comporte, en tant que de besoin, élargissement du pouvoir réglementaire normal ».

405 L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989.

406 Cf. J.-M. DUFFAU, « Grandeur et décadence du RAP », *AJDA* 1980, p. 470 ; voir aussi, L. SFEZ, « Une survivance : le règlement d'administration publique », in *Études de droit public*, Cujas, Paris, 1964, p. 272 et s.

407 *Cours de contentieux administratif*, op. cit., p. 359 ; dans le même sens, voir notamment A. DE LAUBADÈRE, op. cit., p. 318 et 319 ; Th.S. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica-PUAM, 1984, p. 59 : le RAP « ne revêt plus qu'un intérêt historique dans la mesure où il existe désormais une répartition des compétences normatives opérée directement par la Constitution ».

408 La spécificité formelle du RAP étant elle aussi des plus réduite depuis la création des décrets en Conseil d'État – seule forme décrétable dont fait d'ailleurs mention la Constitution – et depuis que le vice-président du Conseil d'État s'était vu reconnaître le pouvoir de décider de ne pas porter à l'ordre du jour de l'Assemblée générale certains des projets de RAP.

C'est ce que remarquait le commissaire du Gouvernement Kahn dans ses conclusions sur l'arrêt du 7 mai 1971, *Sieur Joseph Rivière*⁴⁰⁹. Après avoir constaté l'intangibilité des domaines législatifs et réglementaires, déterminés par la Constitution, le conseiller d'État note que tout renvoi législatif dans une matière réservée à la loi, s'analyse en une inconstitutionnalité qui doit être interprétée strictement⁴¹⁰. Il en découle que « la forme dans laquelle le règlement doit être pris est sans effet sur l'étendue de la délégation et que, s'il pouvait être légitime, avant 1958, de supposer que le législateur entendait conférer au Gouvernement des pouvoirs plus étendus lorsqu'il l'invitait à compléter son œuvre par un RAP, il serait vain, désormais, d'invoquer l'intention présumée du législateur à l'appui de la prétendue spécificité du RAP ». La Constitution a donc eu pour effet d'unifier, en le constitutionnalisant, l'espace sur lequel peuvent intervenir les différentes catégories de règlement ; à cet égard le RAP ne peut valablement disposer d'un espace réglementaire plus important, considérant qu'il est lui aussi soumis à la délimitation constitutionnelle. De ce point de vue, aucune distinction n'est admissible, sous la V^e République, entre le RAP et les autres actes réglementaires.

Pretenant en considération le caractère périmé de la théorie sous-jacente au RAP, le législateur s'est occupé de supprimer par deux lois, toute référence au RAP⁴¹¹. Dans son rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, M. Aurillac oppose la situation actuelle à celle antérieure à 1958, « où le législateur pouvait librement déterminer l'étendue des pouvoirs qu'il entendait conférer à l'Exécutif »⁴¹². Aujourd'hui au contraire, « la nouvelle répartition des compétences entre la loi et le règlement opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution fait disparaître ce qui était le principal intérêt du RAP, c'est-à-dire l'extension des compétences réglementaires normales »⁴¹³. Les raisons de la suppression parlementaire du renvoi au RAP reposent donc sur l'interdiction constitutionnelle d'élargir, par le biais d'un renvoi, le domaine ouvert au pouvoir réglementaire. Ainsi, le type même de règlement pris sur ce qu'il fallait bien considérer comme une habilitation législative (en tant que c'est l'autorisation législative qui permettait d'excéder les capacités normales d'intervention du pouvoir réglementaire), est condamné par le législateur. Ceci est significatif de la perte de la dimension délimitatrice du renvoi législatif. La fin du RAP témoigne de l'impossibilité d'opérer, à travers un renvoi, une modification de la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Au mieux, le renvoi ne sert qu'à préciser, dans une hypothèse particulière, la répartition des compétences opérée de façon générale par la Constitution : conformément à la théorie de la formation du droit par degrés, la loi développe, grâce au renvoi, les exigences constitutionnelles, sans pouvoir les remettre en cause. Le renvoi ne peut que mettre en application à propos d'un cas concret, les dispositions constitutionnelles, suivant en cela les lignes d'un découpage déjà établi.

409 *Rec.* p. 331 ; *AJDA* 1971, II, 607, conclusions Kahn et note Ferrari.

410 Cette doctrine sera effectivement reprise par le Conseil d'État, qui en interprétant strictement les renvois législatifs, évite ainsi le plus possible le recours à la théorie de la loi-écran. Cf. *infra*.

411 Loi ordinaire du 7 juillet 1980, n° 80-514 ; loi organique du 21 juillet 1980, n° 80-563.

412 Rapport sur le projet de loi portant suppression du renvoi au RAP ; Assemblée nationale, 2^e session ordinaire 1979-1980, n° 1655.

413 Le même type d'argument sera invoqué devant le Sénat. Ainsi, pour M. Thyraud, la nouvelle séparation définie par les articles 34 et 37 aurait dû normalement faire disparaître le RAP, car la distinction entre domaine de la loi et du règlement est fixée *ne varietur*. *JO débats Sénat*, séance du 29 juin 1980, p. 3317.

Ainsi, que la loi contienne un renvoi ou que le règlement soit édicté spontanément, l'ampleur de l'intervention de l'Exécutif est identique, le renvoi étant impuissant à élargir l'espace réglementaire. Il en découle l'unité du pouvoir réglementaire, puisqu'en tout état de cause, c'est la Constitution qui opère la délimitation. Cette idée avait été avancée dès 1976 par le doyen Favoreu. Commentant la décision 76-94 L du 2 décembre 1976⁴¹⁴, établissant que « la Constitution... laisse en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application » des règles édictées par le législateur en vertu de l'article 34, cet auteur considère que cette jurisprudence condamne toute possibilité de distinguer entre plusieurs types de règlements. En confirmant que la répartition entre les articles 34 et 37 concerne les règlements d'exécution de la loi, le Conseil constitutionnel met fin à la dialectique entre règlements autonomes et règlements d'exécution.

Contestant cette analyse, N. Belloubet-Frier estime pour sa part, que cette décision n'a pas remis en cause la dualité du pouvoir réglementaire : le pouvoir réglementaire autonome serait un « pouvoir d'exécution des lois en général », tandis que « le pouvoir réglementaire de l'article 21 est un pouvoir d'exécution de chaque loi en particulier »⁴¹⁵. Et « le Gouvernement est chargé de l'application de ces lois tant dans le cadre de l'article 21 que de l'article 37 si la loi ne prévoit pas expressément l'intervention du Gouvernement ». Il existerait alors deux types d'exécution des lois, l'une fondée sur l'existence d'un renvoi, l'autre reposant directement sur la Constitution. On voit déjà que, loin de considérer le règlement autonome comme un règlement *praeter legem* (comme dans la conception initiale), il s'agit seulement d'une réexposition de la thèse classique faisant varier la notion d'exécution en fonction de la présence ou de l'absence d'un renvoi législatif.

On peut alors s'interroger sur la validité d'une telle dissociation, dans la mesure où tant les règlements spontanés que ceux sur renvoi ont un champ d'intervention identique, puisque limité par l'article 34, disposition constitutionnelle que ne peut modifier le législateur. De même, leur régime contentieux est identique⁴¹⁶. Tant et si bien qu'il n'existe aucun critère permettant de consacrer deux catégories distinctes d'acte réglementaire, et donnant prise à une opposition entre règlements de l'article 21 et règlements de l'article 37. Toute tentative de faire renaître la distinction entre règlement *pour* l'exécution et règlement pris *en* exécution de la loi est désormais vaine : les règlements sont maintenant pris en exécution de la Constitution, pour l'exécution de la loi. Le règlement spontané ne diffère donc pas du règlement sur renvoi.

D'un tout autre point de vue, antérieurement à 1958, la dimension habilitatrice du renvoi législatif revêtait tout autant un aspect formel que matériel. En effet, il s'agissait non seulement d'ouvrir une matière à la réglementation gouvernementale, mais aussi de débarrasser cette matière des éléments législatifs qui s'y trouvant, constitueraient autant d'obstacles à l'activité normative de l'Exécutif. C'est en ce sens aussi que le renvoi apparaît comme un élargissement du pouvoir réglementaire de droit commun : en « dépolluant » la

414 Rec. p. 67 ; RDP 1977, p. 458, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1976 ».

415 « Le statut des agents non titulaires de l'État », AJDA 1990, p. 855.

416 Cf L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », RFDA 1987, p. 872 et s. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par N. Belloubet-Frier : « L'originalité du pouvoir réglementaire autonome ne se situe donc pas dans le régime contentieux de ces règlements » (*ibid.*).

matière de ces éléments législatifs préexistants, la loi sur renvoi de laquelle est pris un acte réglementaire, accroît les capacités normatives de cet acte. Celui-ci est alors délié du respect des prescriptions législatives antérieures que lui imposerait le principe de légalité. Le renvoi législatif se présente ainsi comme une délégalisation, nécessaire à l'application de la loi : c'est le règlement qui, dès lors qu'il s'intègre dans les limites du renvoi, pourra abroger ou modifier toute disposition législative antérieure.

§ 2 - LE RENVOI, INSTRUMENT DE DÉLÉGALISATION

Dans cette hypothèse, il existe une identité de nature entre le règlement pris sur renvoi législatif et le décret-loi : « il ne faut pas croire que cette habilitation législative soit essentiellement différente de celle autorisant la pratique de décrets-lois »⁴¹⁷. En effet, lorsque le Gouvernement exerce le pouvoir réglementaire « en vertu d'une habilitation législative spéciale, ... il peut modifier les dispositions législatives existantes dans la mesure nécessaire à l'application de la loi »⁴¹⁸. Comme le montre J. Charpentier, la seule différence est d'ordre quantitatif puisque les décrets-lois sont naturellement appelés à modifier de nombreuses dispositions législatives, eu égard à l'ampleur des pouvoirs qui leur sont conférés, tandis que les décrets ordinaires ont seulement pour vocation de compléter la loi. Le Gouvernement dispose certes de pouvoirs plus étendus dans le cadre des décrets-lois, puisque la loi qui les fonde apparaît comme une simple norme de compétence, comportant très peu d'éléments de fond, et ainsi la probabilité pour ces décrets de contredire des lois précédentes est plus importante que dans les cas où la régulation législative est plus développée ; mais il n'en demeure pas moins que dans un cas comme dans l'autre, les règlements peuvent modifier ou abroger des dispositions législatives préexistantes⁴¹⁹.

Pour le professeur Lachaume, l'explication de cette possibilité d'abrogation par voie réglementaire de normes à valeur législative tient en ce qu'une loi dont les dispositions empêcheraient la mise en vigueur par un décret d'une loi postérieure, est de ce fait abrogée implicitement par cette dernière⁴²⁰. Ce serait la loi opérant le renvoi qui procéderait en réalité à l'abrogation, mais celle-ci serait conditionnée à l'édiction du décret prévu.

Cette possibilité pour un décret de s'affranchir du respect de lois antérieures fait dire à René Capitant que la hiérarchie entre la loi et le décret est avant tout 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

417 J. CHARPENTIER, « Les lois-cadres et la fonction gouvernementale », RDP 1958, p. 244.

418 *Ibid.*, p. 243.

419 Qu'il nous soit toutefois permis d'apporter une nuance à l'opinion exposée. Si décrets-lois et décrets ordinaires coïncident dans leur faculté de modifier des lois antérieures, cette capacité accordée aux décrets-lois est le plus souvent provisoire, puisque limitée par le délai pendant lequel l'Exécutif est habilité à édicter ces décrets-lois. Par la suite, seuls des actes législatifs pourront intervenir dans les secteurs couverts par les dispositions du décret-loi. Au contraire, le pouvoir réglementaire de droit commun dispose d'une faculté permanente d'intervention, des règlements pouvant toujours venir modifier les dispositions réglementaires précédentes, dès lors que l'habilitation législative n'est pas abrogée.

420 La hiérarchie des actes exécutoires..., *op. cit.*, p. 233.

peut être supérieur aux autres lois, si le législateur l'habilite à les abroger ou à les modifier »⁴²¹.

Ainsi, le renvoi possède un intérêt pratique évident : il autorise un assouplissement des exigences propres au principe de légalité, tout en permettant d'éviter au législateur de recenser l'ensemble des lois précédentes qu'il souhaite abroger ou modifier ; l'action du pouvoir réglementaire ne peut être entravée par des textes de valeur supérieure, alors même que le Parlement n'a pas procédé à l'abrogation ou à la dérogation expresse de ces textes. Les règlements se voient conférer, par le biais du renvoi, le maximum d'efficacité, le législateur ne subissant qu'un minimum de contraintes. Le renvoi apparaît alors comme l'instrument assurant la meilleure efficacité pour la satisfaction des objectifs poursuivis par la loi. C'est là qu'il prend tout son intérêt par rapport au pouvoir réglementaire spontané⁴²².

La jurisprudence administrative a eu l'occasion de confirmer les capacités du règlement à s'affranchir du respect de lois antérieures. Il est vrai que parfois la loi habilitatrice prend soin de prévoir que les dispositions législatives contraires aux décrets pris pour l'exécution de la présente loi devront être considérées comme abrogées⁴²³. Mais la possibilité pour le règlement de déroger à des lois antérieures existe néanmoins en l'absence de prévisions législatives spéciales⁴²⁴. Il paraît donc établi que le renvoi ait pour effet de dégager l'espace normatif au profit du pouvoir réglementaire.

Cette hypothèse n'est pas sans rappeler l'expérience italienne des règlements délégués. On sait en effet que cette catégorie de règlements recouvre des actes susceptibles de disposer *contra legem* vis-à-vis de lois antérieures à la loi qui les fonde, sans pour autant perdre leur valeur *infra* législative⁴²⁵. Extension du pouvoir réglementaire de droit commun (puisque déliés du respect des prescriptions législatives antérieures), les règlements délégués voient leur validité étroitement conditionnée par la réserve de loi.

C'est dans cette optique qu'il faut, sous la V^e République, placer le débat afférent aux capacités abrogatrices du règlement, conférées par voie législative.

421 *Les principes généraux du droit public*, coll. Les Cours de droit, IEP, Paris, 1955-56, p. 225.

422 Cf. DOUENCE, *op. cit.*, p. 215 et s.

423 Voir par exemple, CE, 18 février 1927, *Comité central des armateurs de France*, *Rec.* p. 223 ; plus récemment, CE, 20 novembre 1970, *Sieur Bouez et UNEF*, *Rec.* p. 690 : possibilité pour des règlements pris sur le fondement de la loi du 12 novembre 1968 de déroger aux principes posés par des lois antérieures, l'article 44 de la dite loi ayant expressément prévu cette potentialité.

424 Voir : CE 12 décembre 1953, *Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille*, *Rec.* p. 545 ; D. 1954, p. 511, note Rossillon ; S. 1954, p. 45, note Tixier : l'article 7 de la loi du 5 janvier 1950, relative à la vaccination obligatoire, en renvoyant à un RAP, a implicitement autorisé celui-ci à déroger à certains articles du Code civil. Dans la même optique, CE, 14 février 1964, *Société d'oxygène et d'acétylène d'Extrême-Orient*, *Rec.* p. 107 ; CE, 13 novembre 1964, *Starile*, *AJDA* 1965, p. 364 note HOMONT ; dans le même sens, cf. conclusions Ettore sur CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées*, S. 1929, III, 51, et conclusions Landron sur CE, 1^{er} juin 1956, *Société approvisionnement, livraison, vente et publicité*, *AJDA* 1956, II, 336 : « Le règlement ne pourra être contraire à aucune autre disposition législative en vigueur. Il ne pourrait donc présenter une contradiction avec une loi antérieure que si celle-ci s'était trouvée abrogée explicitement ou implicitement par la loi d'habilitation. L'abrogation explicite est rarement prononcée. Il s'agit généralement d'une abrogation implicite qui résulte d'une part de l'ensemble des dispositions, d'autre part de la disposition d'habilitation elle-même, par laquelle le législateur invite le Gouvernement à compléter les dispositions qu'il a édictées ». Voir aussi, note Waline sous CE, 25 octobre 1957, *Duval*, *RDP* 1958, p. 511.

425 Cf. *supra*, 1^{re} partie, titre 2, sous-titre 2.

En opposant deux types de décret, H.-M. Crucis pose implicitement le problème de la conformité à la Constitution des délégalisations opérées par voie législative : « lorsque des décrets modifient des textes législatifs antérieurs c'est ou bien qu'ils sont des décrets d'application de lois, ou bien qu'ils sont constitutionnellement (Article 37, al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958) habilités à modifier des textes législatifs antérieurs »⁴²⁶. En effet, le système normatif français est désormais intégralement régi par la Constitution. Dans ces conditions, deux hypothèses sont envisageables. Soit le renvoi autorisant l'abrogation de lois antérieures concerne une réserve matérielle de loi, et en ce cas, il s'agit d'une inconstitutionnalité, la loi ne pouvant renoncer à sa propre compétence en dehors de la procédure de l'article 38 de la Constitution ; soit le renvoi concerne bien le domaine réglementaire, mais la « légifération » de ce secteur a eu pour conséquence l'érection d'une réserve formelle de loi. Alors, toute délégalisation sur ce secteur n'est possible qu'en ayant recours à la procédure prévue à l'article 37, 2^e alinéa de la Constitution, compte tenu de la présence d'une ou de plusieurs lois antérieures. C'est cette seule procédure qui permet à l'Exécutif de recouvrer le terrain réglementaire que lui a imparti initialement la Constitution.

Si en Italie, les règlements délégués sont envisageables dans les matières faisant seulement l'objet d'une réserve formelle de loi, c'est parce qu'il n'existe pas de mécanisme prévu par la Constitution pour opérer des délégalisations ; d'ailleurs, on a vu qu'en dehors des réserves matérielles de loi, les secteurs non inclus ne sont pas réservés à l'Exécutif (comme en France), mais que la compétence normative y est définie par le législateur, en l'absence de choix constitutionnel. Il est donc tout à fait logique que, hors des réserves, le législateur puisse revenir sur la compétence législative qu'il avait précédemment déterminée, pour céder la place à une compétence réglementaire. Le règlement délégué s'insère dans le cadre des facultés répartitrices de la loi dans les matières non réservées constitutionnellement. Au contraire, en France, les matières non réservées à la loi sont attribuées au règlement⁴²⁷, et la loi ne peut directement et définitivement modifier cette ligne de partage : la loi a perdu en 1958 toute faculté répartitrice. C'est cet élément, combiné avec la définition par l'article 37-2 d'une procédure spéciale de délégalisation, qui laisse à penser que la loi serait dépossédée de toute faculté délégalisatrice, même dans les matières réglementaires.

Quoi qu'il en soit, s'agissant du droit positif, l'impossibilité d'opérer des délégalisations législatives dans les matières réservées à la loi est certaine. Il suffit de rappeler que le Conseil constitutionnel interdit en ces matières tout exercice incomplet par le législateur de sa compétence. L'interdiction des délégalisations est à cet endroit indirect : la délégalisation d'un texte préexistant serait un moyen pour le Parlement de se défaire de sa compétence, et serait censurée par ce biais⁴²⁸. Cette impossibilité constitutionnelle avait été relevée dès 1971, par le commentateur de l'arrêt *Sieur Bouez et UNEF* du 20 novembre 1970⁴²⁹. Concernant l'article 44 de la loi du 12 novembre 1968, prévoyant que

426 *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, BDP 161, LGDJ, Paris, 1991, p. 153.

427 Art. 37, 1.

428 Et à cet égard on peut noter que le Tribunal constitutionnel espagnol a parfois qualifié de délégalisation les renvois législatifs opérés au mépris de la réserve de loi. Cf. décision 83/84 du 24 juillet 1984, *JC*, t. 9, p. 355, FJ 4.

429 J. CHEVALLIER, note sous CE, 20 novembre 1970, *AJDA* 1971, II, 483.

« des décrets pourront, en dérogation aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur décider toutes mesures provisoires destinées à assurer la gestion des établissements universitaires », le professeur Chevallier énonce qu'il s'agit là d'une « habilitation d'une telle généralité et d'une telle portée », qu'elle ne correspond pas aux critères de l'article 38⁴³⁰. En conséquence de quoi, il s'agit d'un texte « certainement inconstitutionnel ».

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de confirmer l'impossibilité d'opérer des délégalisations par voie législative, fût-ce dans des domaines non réservés à la loi et ayant fait l'objet d'une « légifération », dans la décision 83-165 DC du 20 janvier 1984⁴³¹, sur la loi relative à l'enseignement supérieur. L'article 68 de la loi déferée conférait au Gouvernement le droit d'apporter par voie de décret en Conseil d'État, des modifications aux dispositions de l'ordonnance n° 58-1373, prise en vertu de l'article 92 de la Constitution (et ayant à ce titre valeur législative). Le Conseil, suivant les requérants, censure cette disposition motif pris de sa contrariété avec l'article 37 alinéa 2 en ce qu'elle autorise la modification d'un texte de forme législative intervenu après l'entrée en vigueur de la Constitution, sans décision préalable de déclassement du Conseil constitutionnel⁴³². Par cette décision, le Conseil protège un élément de la réserve de juridiction créée à son profit par la Constitution contre un empiètement du législateur. Sans distinguer entre les éléments de l'ordonnance délégalisée par la loi déferée, selon qu'ils relèveraient du domaine législatif ou réglementaire⁴³³, il censure la loi parce qu'elle tend à faire abstraction de son intervention dans la procédure de délégalisation : c'est la prévision constitutionnelle de l'intervention du Conseil constitutionnel qui fait obstacle à la définition d'un mécanisme de délégalisation défini par le législateur, concurrent de celui de l'article 37-2⁴³⁴.

Ainsi, le Conseil constitutionnel censure les délégalisations explicites sur le terrain de l'article 37 alinéa 2. Tel sera le sort de tout renvoi législatif autorisant la modification du texte préexistant. Et le raisonnement déployé demeure sûrement valable si la loi n'autorise qu'une modification ponctuelle d'une législation antérieure. S'agissant par contre des délégalisations implicites, c'est-à-dire fondées sur la seule mise en œuvre d'un renvoi législatif sans reconnaissance expresse de la possibilité pour l'Exécutif de modifier une législation préexistante, la découverte du caractère délégalisateur du renvoi supposerait une confrontation de la loi déferée aux textes existants, et une interprétation, qui conduirait le Conseil constitutionnel à excéder sa compétence.

430 Ce que reconnaît d'ailleurs le commissaire du Gouvernement (Conclusions publiées in *AIDA* 1971, I, 521).

431 *Rec.* p. 30.

432 L'utilisation de l'expression « forme législative » par le Conseil constitutionnel pour qualifier cette ordonnance ne doit pas surprendre : même si *a priori* il s'agit plutôt d'un texte ayant seulement force législative, puisqu'émanant de l'Exécutif, le Conseil constitutionnel a donné un sens large au vocable de « forme législative », considérant qu'il inclut notamment toutes les ordonnances ayant force législative. Cf. *GDCC*, 5, n° 4 et s.

433 Ce qui serait justement sa tâche unique dans le cas d'une saisine sur la base de l'article 37, alinéa 2. Le principe d'une distinction aurait pu être posé par le Conseil constitutionnel, dans la mesure où, comme on l'a vu, toute délégalisation d'une loi valablement intervenue dans la réserve de loi peut aussi être qualifiée d'incompétence négative. Mais le refus de discriminer entre disposition de nature législative et réglementaire s'inscrit dans la logique de non perception de cette distinction dans le champ du contentieux constitutionnel défini par l'article 61, alinéa 2, posé depuis la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus*.

434 On notera que si la délégalisation avait concerné un texte antérieur à la Constitution, la loi n'aurait pas été censurée puisque l'article 37 alinéa 2 prévoit seulement pour ces textes l'avis du Conseil d'État.

Aussi, le Conseil se bornera-t-il à constater que le renvoi habilite de façon inconditionnée le règlement à intervenir sur une matière législative, et censurera le législateur pour violation des articles 34 et autres.

C'est ce qui s'est passé dans la décision 93-322 DC, du 28 juillet 1993⁴³⁵, où le Conseil censure la possibilité conférée au pouvoir réglementaire de modifier les dispositions de la loi du 26 janvier 1984 relativement à la fixation de certaines règles constitutives des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, motif pris qu'en autorisant de la sorte « le pouvoir réglementaire... à déroger aux règles constitutives qu'il a fixées... le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 ».

Resterait le cas où le législateur ne sous-estime pas sa compétence, mais opère un renvoi qui comporte implicitement délégalisation par rapport à l'état du droit existant. Dans cette dernière hypothèse, la censure par l'article 37-2 s'imposerait, mais il faudrait auparavant que le Conseil constitutionnel ait pu mettre en relief l'aspect délégalisateur du renvoi.

Au total, on peut constater combien la Constitution de 1958 a réduit l'impact du renvoi législatif sur la définition de l'espace réglementaire. Tant sur le plan matériel (le législateur ne peut plus ouvrir des réserves de loi à la réglementation de l'Exécutif), que sur le plan formel (le législateur ne peut plus défricher le terrain réglementaire afin de créer des espaces vides de lois), le renvoi n'a plus les effets d'une habilitation. Ce faisant, c'est certes la puissance législative qui est diminuée, mais c'est surtout l'extension inconsidérée du règlement qui devient impossible, la loi ne pouvant rétrocéder la compétence que lui a octroyée la Constitution ou qu'elle s'est octroyée elle-même en s'évadant du champ strict des réserves de loi.

Néanmoins, le renvoi conserve un certain intérêt.

Section II

L'UTILITÉ MAINTENUE DU RENVOI LÉGISLATIF (APRÈS 1958)

Incontestablement, le renvoi législatif joue un rôle dans les conditions d'utilisation du pouvoir réglementaire. Certes, il ne crée ni le pouvoir réglementaire, ni ne définit son champ d'intervention. Mais il est susceptible d'imposer un certain nombre d'éléments de forme, et crée peut-être une obligation d'agir pour l'Exécutif.

435 *RJC* I-533. Déjà dans la décision 90-286 DC - *RJC* I-429 -, les requérants invoquaient la méconnaissance par le législateur de sa compétence, au motif qu'il aurait laissé au Gouvernement le soin d'abroger la législation existante. Mais le Conseil s'était borné à constater que la disposition litigieuse « n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le Gouvernement à abroger, par décret, des dispositions de nature législative » (16^e considérant). Voir aussi, décision 94-357 DC, *RJC* I-622, 6^e considérant, et décision 94-358 DC, *RJC* I-624, 4^e et 6^e considérants, dans lesquelles le Conseil vérifie que la loi n'a pas autorisé des dispositions décrétales à modifier des textes législatifs.

§ 1-LA DÉFINITION D'UNE PROCÉDURE D'ÉDICTION DU RÈGLEMENT

Concernant les éléments de forme, il faut remarquer que la Constitution n'a prévu aucune modalité particulière d'exercice du pouvoir réglementaire. Tant et si bien que le renvoi législatif peut être l'occasion pour le législateur de définir les modalités d'intervention du Gouvernement dans un secteur précis.

Tel est le cas lorsque le législateur prévoit qu'un avis doit servir de préalable à l'édition d'un acte réglementaire. L'exemple type est naturellement constitué par l'imposition du recours au décret en Conseil d'État. Alors que dans le cadre de son pouvoir réglementaire spontané, l'Exécutif peut s'affranchir de la consultation préalable du Conseil, le Parlement peut valablement ériger cette consultation en contrainte. La prévision du décret en Conseil d'État est même obligatoire dès lors qu'il s'agit d'autoriser, dans le cadre des compétences réglementaires, une modification d'une loi antérieure à 1958⁴³⁶.

Le recours au Conseil d'État n'est pas neutre. Il permet sans aucun doute, sur le plan technique, une meilleure rédaction du texte. De plus, le Gouvernement est prévenu de toute possibilité d'illégalité ou d'inconstitutionnalité du projet de règlement, entraînant éventuellement une annulation contentieuse ultérieure⁴³⁷. En attirant l'attention du Gouvernement *a priori* sur de potentielles irrégularités, la consultation du Conseil d'État se présente comme une sérieuse garantie des droits et libertés des citoyens⁴³⁸. La prévision du recours au Conseil d'État met à parité, de ce point de vue, le règlement avec les projets de loi qui, en vertu de l'article 39-2 de la Constitution sont nécessairement examinés par le Haut organe, gommant ainsi un élément procédural de différenciation entre les deux types de texte. Le rôle joué par le Conseil d'État dans l'élaboration de l'acte est d'ailleurs si important que le moyen contentieux fondé sur le défaut de sa consultation constitue une incompétence, éventuellement soulevable d'office, et non un simple vice de forme⁴³⁹. Le Conseil d'État se considère comme l'auteur de l'acte.

De la même façon, le Gouvernement peut être contraint de recourir à l'avis préalable d'un organisme quelconque. Il peut s'agir par là d'obliger l'Exécutif à recourir à des experts, lors de l'édition de normes sur des questions techniques ; ou dans une logique de « contractualisation » de la règle unilatérale, d'associer des représentants de catégories socio-professionnelles affectées par la réglementation, à l'élaboration des actes décrets qui les concernent au premier chef. La volonté du législateur est soit de s'assurer que la décision réglementaire à laquelle il renvoie sera édictée de façon éclairée, soit de démocratiser la procédure décisionnelle.

Dans toutes ces hypothèses, le législateur encadre les facultés de décision de l'Exécutif selon des modalités variables. En effet, l'avis préalable peut être un avis obligatoire ou un avis conforme. C'est bien évidemment dans ce dernier cas

que la restriction est la plus grande puisqu'alors l'Exécutif est tenu de se conformer aux termes de l'avis rendu⁴⁴⁰. Mais, l'avis obligatoire n'est pas non plus dépourvu de portée ; même s'il n'est pas, la plupart du temps, rendu public, il exprime une opinion qui présume de la décision finale. C'est effectivement ce texte qui servira de base à la décision définitive de l'Administration et par rapport auquel la position de l'organe investi du pouvoir réglementaire sera définie. Et en l'absence d'opposition, il entérinera l'avis rendu.

Enfin, le législateur peut prescrire que le décret, pris pour l'application de la loi devra être délibéré en Conseil des ministres. Il est alors fait appel à la forme la plus solennelle d'expression du pouvoir réglementaire. Le législateur associe dans ce cas l'ensemble du Gouvernement à l'édition de la norme réglementaire. De plus, le Président de la République participe là à l'exercice du pouvoir réglementaire, puisqu'en vertu de l'article 13 de la Constitution, il signe les décrets délibérés en Conseil des ministres. Le renvoi législatif prévoyant l'intervention de ce type de décret a donc pour conséquence principale de modifier la répartition des compétences normatives au sein de l'Exécutif. En effet, la Constitution attribue la compétence réglementaire de principe au Premier ministre⁴⁴¹ et ce sous la seule réserve de l'article 13. Le renvoi de la loi au décret en Conseil des ministres permet de faire entrer un acte réglementaire dans le champ de l'article 13, c'est-à-dire d'ériger le Président de la République en co-auteur de l'acte. Par son biais, le législateur arbitre entre la compétence réglementaire issue de l'article 21 de la Constitution et celle résultant de l'article 13. Cette immixtion du Parlement dans la répartition des compétences au sein de l'Exécutif a parfois été dénoncée⁴⁴², ou au contraire banalisée⁴⁴³. Quoi qu'il en soit, elle permet de donner un contenu matériel à la notion de décret en Conseil des ministres, que la Constitution se contente de mentionner (d'ailleurs en de rares occasions), sans en donner une quelconque définition.

Il faut cependant reconnaître que dans cette fonction d'identification des objets susceptibles d'être régularisés par ce type de décret, le Parlement est concurrencé par le Président de la République. Celui-ci, en tant que président de droit du Conseil des ministres⁴⁴⁴ peut à tout moment décider d'attirer, un sujet de réglementation à l'ordre du jour, alors même qu'aucun texte législatif (ou constitutionnel) n'impose cette délibération. La dernière jurisprudence du Conseil d'État considère que ces décrets, ayant été délibérés en Conseil des ministres ressortissent dès lors à la compétence du Président de la République, le Premier ministre et les ministres exerçant le contreseing en vertu de l'article 19⁴⁴⁵.

440 Dans la décision 343/344 DC (*RJC* 1-592, *GDCC* n°47), le Conseil a considéré que le législateur n'avait pas méconnu sa compétence en subordonnant à l'avis conforme d'une commission administrative certaines décisions relatives à des études à finalité médicale.

441 Article 21.

442 Cf. conclusions D. KESSLER, sur CE, 10 septembre 1992, *Meyet et Galland*, *RDP* 1992, p. 1806 et *Rec.* p. 335.

443 A.-M. LE BOS-LE POURHIET, note sous CE, 10 septembre 1992, précitée, *RDP* 1992, p. 1826.

444 Article 9 de la Constitution.

445 CE, 10 septembre 1992, précité, *Rec.* p. 328 ; *AJDA* 1992, p. 643, chronique Maugué et Schwartz ; *LPA* du 21 octobre, n° 127, p. 11, note Célérier ; *RFDA* 1993, p. 55, note Pouyaud. La jurisprudence précédente du Conseil, issue de l'arrêt du 16 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants de médecine - Rec.* p. 311 -, considérait qu'un décret délibéré en Conseil des ministres, malgré l'absence d'obligation imposée par un texte, devait être regardé comme un décret du Premier ministre ; par suite, la signature du Président de la République étant superflète, le décret en question continuait de ressortir à la seule compétence du Premier ministre, et le contreseing était régi par l'article 22 de la Constitution (faisant appel à la notion de « ministre chargé de l'exécution » des mesures réglementaires, contrairement à

436 Et ce pour répondre aux exigences de l'article 37 alinéa 2, cf. *supra*. Dans cette hypothèse le règlement en question, pourtant pris sur le fondement de l'article 37, loin d'être autonome est là encore exécutif de la loi.

437 Même si l'avis rendu par le Conseil d'État ne lie pas les formations contentieuses, on peut penser qu'emprunt de considérations juridiques et d'éléments jurisprudentiels, il dessine une position dont la juridiction administrative pourra s'inspirer.

438 À cet égard, l'analyse faite par R. ALONSO GARCIA, mettant en relief le rôle du Conseil d'État espagnol en tant que mécanisme préalable du contrôle des actes administratifs est tout à fait transposable à l'ordonnement français. *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992.

439 CE, 11 février 1966, *Ordre des Avocats à la Cour d'Appel de Paris*, *Rec.* p. 103.

Ainsi, à l'instar de ce qui se produit lorsqu'il existe un renvoi législatif en ce sens, le Président de la République peut modifier à son profit la compétence réglementaire du chef du Gouvernement. Le renvoi législatif n'est donc par le seul mode possible pour un décret d'être délibéré en Conseil des ministres. Il en résulte que le Président de la République peut lui aussi édicter des règlements spontanés.

Le comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidée par le doyen Vedel, a proposé de revenir, par la voie suprême d'une modification constitutionnelle, sur la jurisprudence *Meyet*. Ce faisant, le nouvel alinéa de l'article 13 aurait prévu que « les décrets délibérés en Conseil des ministres ne peuvent être abrogés ou modifiés que par des décrets pris dans les mêmes formes lorsque cette délibération est exigée par une disposition constitutionnelle ou législative ». Implicitement, cette nouvelle rédaction aurait reconnu le rôle du législateur pour déterminer les matières devant faire l'objet d'un décret en Conseil des ministres, puisqu'elle prévoit clairement qu'une loi peut exiger la délibération du Conseil. L'un des buts actuels du renvoi législatif serait ainsi consacré nettement par la Constitution.

Ceci est d'autant plus vrai que le législateur (ordinaire ou constitutionnel) se verrait reconnaître une capacité exclusive de définition du décret en Conseil des ministres, les décrets ayant fait l'objet d'une délibération sur simple décision du Président de la République, continuant, au terme d'une interprétation *a contrario* de la proposition de la Commission Vedel, de ressortir à la seule compétence du Premier ministre. Sans préjuger de l'avenir du rapport présenté par cette Commission (celui-ci servira sans doute de référence à toute volonté ultérieure de réforme de la Constitution), il faut constater que ce n'est pas le moindre des effets du projet de modification de l'article 13 que de réitérer les capacités parlementaires d'imposer le recours au Conseil des ministres, grâce au renvoi.

D'ailleurs, on pourrait se demander s'il s'agit véritablement d'une réitération d'un pouvoir existant. En effet, nonobstant le nombre relativement important de lois qui renvoient soit à des avis préalables, soit à certaines formes d'exercice du pouvoir réglementaire, il faut tenir compte de la répartition constitutionnelle entre la loi et le règlement. Ainsi, selon certains auteurs, « il n'appartient pas au législateur de préciser la nature des actes réglementaires requis pour appliquer les lois »⁴⁴⁶, le Conseil constitutionnel ayant même estimé « qu'il n'appartenait pas au législateur de renvoyer à un décret en Conseil des ministres ou à un décret en Conseil d'État ou à un autre type d'acte réglementaire »⁴⁴⁷.

Ainsi, le renvoi législatif aurait été dépossédé de sa capacité à définir les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire en conséquence de la Constitution de 1958, celle-ci ayant prétendument réservé à l'espace réglementaire la répartition des attributions conférées à l'Exécutif. Avant d'entrer dans l'analyse de cette doctrine, il faut remarquer que même dans l'hypothèse où la compétence réglementaire devrait être reconnue sur ce domaine, le renvoi législatif effectué ne pourrait être considéré comme une inconstitutionnalité⁴⁴⁸, et produirait ces

effets tant qu'aucune décision de délégalisation, rendue au titre de l'article 37 alinéa 2 n'est intervenue.

La jurisprudence constitutionnelle semble toutefois moins affirmative que ne le laissent à penser les commentaires précédents. Il en résulte que la disposition qui prévoit, pour l'exercice d'une compétence de l'État, le recours à un avis consultatif, a un caractère réglementaire dès lors qu'elle ne porte atteinte à aucune des règles ni à aucun des principes fondamentaux énumérés à l'article 34⁴⁴⁹. Par exemple, les dispositions⁴⁵⁰ subordonnant à un avis du « comité consultatif de l'utilisation de l'énergie » l'intervention des décrets en Conseil d'État fixant les règles de construction et les normes d'équipement applicables aux constructions quant à leurs caractéristiques thermiques ont un caractère réglementaire⁴⁵¹. Le Conseil constitutionnel prend soin de préciser que l'avis revêt un caractère consultatif et qu'il ne met en cause aucune règle ou aucun principe fondamental relevant du domaine de la loi. Dans cette même décision, le Conseil constate le caractère réglementaire de l'article 7 de la loi du 16 juillet 1971 qui se borne à renvoyer à un décret en Conseil d'État la fixation des conditions de création des comités régionaux d'habitation.

De la même façon, l'article 3 de la loi du 6 août 1963, renvoyant à un règlement d'administration publique la définition des conditions d'application des autres dispositions de ce même article 3 (rattachant auprès du ministre de l'Agriculture une commission nationale professionnelle de la propriété forestière privée) relève du pouvoir réglementaire, parce que le rattachement d'un organisme à un ministère et sa désignation relèvent eux-mêmes du pouvoir réglementaire⁴⁵². À l'inverse, l'article 45 du Code rural, en tant qu'il subordonne à l'avis du conseil supérieur de l'aménagement rural l'intervention du décret en Conseil d'État fixant notamment la définition de la notion de « terres incultes » au sens de cet article, revêt un caractère législatif⁴⁵³. En effet, celles-ci pouvant être vendues ou concédées à des tiers malgré l'opposition de leur propriétaire, la consultation préalable de cet organisme concerne les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels.

Le législateur a donc toujours la possibilité, dans son domaine de compétence, de faire précéder la décision d'une autorité administrative d'un avis quelconque. Ceci est vrai non seulement pour les mesures générales d'application d'un texte législatif, mais aussi dans les hypothèses où l'Exécutif met en œuvre des pouvoirs que lui confie la loi. Dans cette hypothèse, le législateur définit une procédure à suivre pour l'utilisation des pouvoirs conférés à l'Administration. L'inclusion d'une consultation préalable ou la nécessité du recours à une certaine forme d'exercice du pouvoir réglementaire est susceptible d'apparaître, dans ce cadre, comme une garantie. Par exemple, tel est le cas de la consultation préalable d'un organisme représentatif des propriétaires par le ministre ayant à instruire un recours contre un refus d'agrément d'un plan de gestion forestière⁴⁵⁴ ; tel est aussi le cas de la prévision d'un décret en Conseil d'État pour imposer certain document d'urbanisme, malgré l'opposition des collectivités

l'article 19 qui parle de « ministre responsable »). La solution *Meyet* a par la suite été confirmée par les arrêts du 23 mars 1994, *Allamigeon et Pageaux*, *AJDA* 1994, p. 904 et s.

446 C. MAUGUÉ et R. SCHWARTZ, chronique précitée, p. 645. Dans le même sens, D. POUYAUD, *op. cit.*, p. 62.

447 *Ibid.*

448 C'est du moins ce qu'implique la jurisprudence issue de la décision 143 DC (cf. *supra*), comme n'ont pas manqué de le souligner certains commentateurs de l'arrêt *Meyet* (Voir par exemple D. POUYAUD, *op. cit.*, p. 62).

449 Cf. *Table trentenaire du Conseil constitutionnel (1958-1988)*, Paris, 1988, p. 104-105.

450 Article 92 du Code de l'urbanisme et article 5-II de la loi du 29 octobre 1974.

451 Décision 77-100 L, du 16 novembre 1977, *RJ* II-78.

452 Décision 77-98 L, du 27 avril 1977, *RJC* II-74.

453 Décision 73-80 L, du 28 novembre 1973, *RJC* II-57.

454 Décision 77-98 L, précitée.

locales concernées⁴⁵⁵ ; de la consultation du conseil municipal de la commune concernée par une inscription au titre de la loi du 2 mai 1930⁴⁵⁶ ; du recours à un décret en Conseil des ministres pour décider de la mobilisation générale et la mise en garde de la Nation⁴⁵⁷. Alors, la compétence législative s'impose, l'Exécutif étant impuissant à redéfinir les modalités de procédures définies à bon droit par le Parlement.

Inversement, lorsqu'aucun élément de la réserve de loi n'est affecté, l'élaboration d'une procédure conditionnant la prise de décision peut être le fait du pouvoir réglementaire. Ainsi, la prévision du recours à un décret en Conseil des ministres pour autoriser la compagnie Air France à créer ou gérer des entreprises annexes à son activité principale ne constitue qu'un élément de mise en œuvre du contrôle des entreprises publiques et ressortit donc à la compétence réglementaire⁴⁵⁸. C'est une solution identique qui est aussi retenue pour l'avis du conseil général des ponts et chaussées, préalable au décret en Conseil d'État fixant les mesures relatives à la réorganisation des territoires atteints par les travaux mentionnés à l'article 44 de l'ordonnance 58-997 du 23 octobre 1958⁴⁵⁹.

Le Conseil constitutionnel analyse l'impact des dispositions du renvoi législatif. Si la détermination de formalités a une importance telle qu'elle est susceptible d'affecter l'encadrement de la régulation réglementaire par les normes législatives, alors elle ressortit à la compétence législative. Si au contraire, il n'existe aucun risque de rupture entre les règles définies par la loi et le règlement, soit parce que la compétence législative est déjà totalement épuisée, soit parce que la matière est à faible densité législative, alors le pouvoir réglementaire peut les modifier.

En instituant certaines modalités d'exercice du pouvoir réglementaire, le législateur restreint nécessairement les capacités d'action de l'Exécutif, par rapport à l'hypothèse où celui-ci exercerait spontanément par voie réglementaire⁴⁶⁰. Ce bornage du pouvoir normatif de l'Exécutif relève de la compétence constitutionnelle du législateur dès lors qu'il contribue à conférer au règlement, intervenu au sein de la réserve de loi, un caractère exécutif. Celui-ci résulte de la limitation, directe ou indirecte, de l'aspect créateur des capacités normatives gouvernementales par la définition de procédures d'élaboration des règlements, et de la garantie que représentent ces procédures vis-à-vis des destinataires de l'acte de l'Exécutif. Mais, à partir du moment où le législateur, loin d'organiser la transition entre la compétence législative et réglementaire, s'insère, par le biais du renvoi législatif, dans un domaine purement interne à l'Administration, il exerce une compétence réglementaire, et son intervention est susceptible de faire l'objet d'une délégalisation.

Cette possibilité (certes cantonnée, mais effective) pour le renvoi de définir les conditions d'édiction des règlements, se rapproche parfois (notamment

lorsqu'il s'agit d'imposer l'avis préalable du Conseil d'État) des hypothèses où le législateur tend à modifier le titulaire du pouvoir réglementaire.

§ 2 - LA MODIFICATION DU DÉTENTEUR DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

Il a déjà été vu que la Constitution du 4 octobre 1958 conférait le pouvoir réglementaire à titre principal au Premier ministre⁴⁶¹, sous réserve des attributions du Président de la République. La question qui se pose est de savoir si ces dispositions sont exclusives de l'octroi d'un pouvoir normatif à tout autre autorité administrative. Autrement dit, la loi peut-elle renvoyer l'application de ses prévisions à un organe autre que le Premier ministre ou que le Conseil des ministres ? De la réponse apportée dépend évidemment l'existence éventuelle d'un pouvoir réglementaire propre aux ministres, ou aux autorités administratives indépendantes⁴⁶².

Historiquement c'est le Conseil d'État qui s'est trouvé le premier confronté à cette difficulté. Par l'arrêt *Jamart* du 7 février 1936⁴⁶³, la Section du contentieux devait reconnaître aux ministres un certain pouvoir réglementaire, et ce malgré le silence à ce propos des lois constitutionnelles de 1875. Le considérant essentiel de la motivation précise que « 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 ». Outre la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire *ad intra*, qui du fait de son caractère *praeter legem*, ne nous intéresse pas ici⁴⁶⁴, il faut noter que le Conseil admet tout à fait que la loi puisse renvoyer aux ministres le soin d'édicter des dispositions réglementaires. En plus de l'attribution constitutionnelle au chef de l'État du pouvoir réglementaire⁴⁶⁵, le législateur peut définir d'autres titulaires du pouvoir réglementaire. Et la jurisprudence administrative a toujours admis ces renvois réglementaires, les interprétant même largement⁴⁶⁶.

Le Conseil constitutionnel a lui aussi validé en principe la possibilité pour le législateur de renvoyer l'édiction des normes d'application à d'autres autorités que le Premier ministre, et ce nonobstant les termes de l'article 21 de la Constitution. Dans la saisine préalable à la décision 217 DC du 18 septembre 1986⁴⁶⁷, les requérants contestaient l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire au profit de la Commission nationale de la communication et des

461 Article 21.

462 On notera qu'en Espagne, un problème similaire s'est posé, compte tenu de la rédaction de l'article 97 de la Constitution prévoyant que c'est le Gouvernement qui exerce la fonction exécutive. Dans ces conditions, la loi peut-elle octroyer un pouvoir réglementaire à d'autres organes de l'Administration ? La jurisprudence, malgré quelques hésitations du Tribunal suprême, s'est désormais orientée vers une réponse positive, considérant que la désignation d'une autorité par l'article 97 n'était pas limitative (Voir sur ce point : M. REBOLLO PUIG, « Juricidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno », *RAP* 1991, n° 125, p. 14, note 10) et que la loi pouvait conférer un tel pouvoir à des autorités ne faisant pas partie du Gouvernement au sens de l'article 98, 1 (cf. I. DE OTTO, *Derecho constitucional- sistema de fuentes*, ariel derecho, 1987, p. 224).

463 *Rec. p. 172* ; *GAJA* n° 56.

464 Voir l'étude de ce pouvoir *ad intra*, *infra*.

465 Article 3 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875.

466 Cf. *GAJA*, p. 306.

467 *RJC* I-283.

455 Décision 73-76 L, du 20 février 1973, *RJC* II-51.

456 Décision 80-120 L, du 30 décembre 1980, *RJC* II-57.

457 Décision 67-45 L, du 9 mai 1967, *RJC* II-28.

458 Décision 80-114 L, du 15 octobre 1980, *RJC* II-89.

459 Décision 88-157 L, du 10 mai 1988, *RJC* II-129.

460 C'est déjà ce que faisait valoir, dès 1894, le professeur EISMEN : en décidant qu'une loi sera complétée par un règlement d'administration publique, le législateur, non seulement ne crée pas ce pouvoir, mais « tout au contraire, il le restreint ». En effet, cet auteur rappelle que le RAP était nécessairement soumis au Conseil d'État, contrairement au simple décret réglementaire. « De la délégation du pouvoir législatif », *RPP* 1894, p. 212.

libertés, au motif que seul le chef de Gouvernement est titulaire, en vertu de la Constitution, de la possibilité de pourvoir à l'exécution des lois. Rejetant ces prétentions, le juge constitutionnel déclare que les dispositions de l'article 21 « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre le soin de fixer... des normes permettant de mettre en œuvre une loi »⁴⁶⁸. Il reconnaît ainsi explicitement la possibilité d'opérer, par le biais d'un renvoi législatif, une modification de l'autorité titulaire du pouvoir réglementaire. Toutefois, le Conseil précise que ce pouvoir réglementaire ne peut intervenir que « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et les règlements »⁴⁶⁹. Ainsi, le législateur peut conférer un certain pouvoir réglementaire à des organes administratifs autres que le Premier ministre⁴⁷⁰, mais sous la condition que ce pouvoir soit limité quant à l'espace normatif sur lequel il est habilité à intervenir et ne soit pas délié du respect du bloc de légalité. La loi a l'obligation de définir précisément le champ sur lequel peut évoluer le pouvoir réglementaire spécial qu'elle attribue ; d'autre part, ce champ doit avoir une amplitude restreinte.

Ces principes devaient être confirmés par la jurisprudence ultérieure. Réaffirmant la capacité du renvoi législatif à instituer des organes dotés du pouvoir réglementaire, le Conseil constitutionnel spécifie, à partir de la décision du 17 janvier 1989⁴⁷¹, que ce pouvoir s'exerce valablement « à condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »⁴⁷². L'utilisation de cette nouvelle formule ne modifie pas l'esprit de la jurisprudence issue de la décision 1986. En effet, à la limitation du champ d'application correspondait, dans les termes de 1986, l'assignation d'un domaine déterminé ; de même, la prévision de la portée limitée des mesures était déjà contenue en germes dans la nécessité de respecter le cadre défini par les lois et les règlements.

Comme a pu le souligner le doyen Favoreu⁴⁷³, on constate que le pouvoir réglementaire dont peut jouir un organe autre que le Premier ministre est strictement cantonné et subordonné. Loin de posséder un caractère autonome, ces règlements non seulement ne peuvent intervenir dans les matières réservées, mais encore doivent respecter les normes édictées par l'autorité détentrice du pouvoir réglementaire général, désignée par l'article 21 de la Constitution. Celle-ci ne peut jamais être dépossédée de son pouvoir de réglementation, puisque c'est la Constitution qui le lui attribue. Le renvoi législatif est donc impuissant à créer un champ réservé à un quelconque pouvoir réglementaire au détriment de celui du Premier ministre. C'est ce qui explique que les relations entre les décrets et les règlements émanant d'autres origines ne peuvent être que des relations hiérarchiques et non des relations de compétence ; c'est ce qui explique que ce pouvoir réglementaire soit tenu de respecter les actes du Premier ministre. Il en résulte que le titulaire du pouvoir réglementaire hors de l'article 21 ne possède

468 58^e considérant.

469 Même considérant.

470 Plus exactement, le Conseil parle « d'autorité de l'État autre que le Premier ministre ».

471 88-248 DC, *RJC* I-339, *GDCC* n° 42.

472 15^e considérant ; Voir aussi : décision 89-260 DC, du 28 juillet 1989, *RJC* I-365, 30^e considérant ; décision 89-269 DC, du 22 janvier 1990, *RJC* I-392, 22^e considérant ; décision 91-304 DC, du 15 janvier 1992, *RJC* I-481, 12^e considérant ; décision 93-324 DC, du 3 août 1993, *RJC* I-537, 14^e considérant.

473 In *GDCC*, n° 42, paragraphe 22.

qu'un pouvoir résiduel, puisque susceptible d'être remis en cause à tout moment par le Premier ministre, et ayant une portée limitée.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de censurer une disposition législative attribuant une capacité réglementaire au Conseil supérieur de l'audiovisuel, en méconnaissance des limites assignées du pouvoir réglementaire. Constatant, dans la décision 248 DC⁴⁷⁴, que « la loi habilite le Conseil supérieur de l'audiovisuel à fixer seul par voie réglementaire non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci », le juge constitutionnel en déduit que « en raison de sa portée trop étendue cette habilitation méconnaît les dispositions de l'article 21 »⁴⁷⁵. Le législateur ayant ouvert trop largement les capacités d'action du pouvoir réglementaire qu'il définit, il porte atteinte à la compétence réglementaire qu'institue la Constitution. La subsidiarité du pouvoir réglementaire spécial par rapport à celui détenu par le Premier ministre apparaît nettement ici.

Ainsi, le renvoi législatif conserve un intérêt considérable, puisque à défaut, seul le chef du Gouvernement aura compétence pour édicter les mesures d'application de la loi. Le Parlement peut donc octroyer un pouvoir réglementaire à des autorités autres que celles prévues par la Constitution⁴⁷⁶, sous la condition qu'il ne porte pas atteinte à la réserve de loi et aux pouvoirs normatifs, constitutionnellement définis, du Premier ministre. Il s'agit donc d'une définition législative d'un pouvoir réglementaire de second ordre par rapport à celui du Premier ministre puisque non seulement exécutif de la loi mais aussi des dispositions décrétales. Concernant les autorités susceptibles de bénéficier de l'octroi de ce pouvoir réglementaire, le Conseil constitutionnel a validé le renvoi à des autorités administratives indépendantes⁴⁷⁷, et à des ministres⁴⁷⁸. Même si cette dernière hypothèse paraît logique, compte tenu des liens plus étroits unissant les ministres au Premier ministre par rapport à ceux entretenus avec les autorités administratives indépendantes⁴⁷⁹, la question aurait pu toutefois se présenter en des termes distincts. En effet, l'article 21, 2^e alinéa de la Constitution prévoit que le Premier ministre « peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ». Le chef du Gouvernement dispose donc d'une faculté constitutionnelle de délégation d'une partie de son pouvoir réglementaire. La reconnaissance de la possibilité pour le législateur de renvoyer directement à des

474 Précitée.

475 16^e considérant. De même, dans la décision 304 DC (précitée), le Conseil ne valide l'attribution d'un pouvoir réglementaire au CSA pour la fixation de quota que sous de strictes réserves interprétatives ayant pour objet de restreindre les capacités normatives de cet organisme. Pareillement, le Conseil d'État contrôle de façon rigoureuse que le pouvoir normatif d'une autorité administrative indépendante ne s'évade pas du strict cadre délimité par la loi, censurant éventuellement tout débordement de compétence (CE, 16 novembre 1990, *SA La cinq*, *RFDA* 1991, p. 635, note Truchet).

476 Et c'est cette donnée qui autorise le Conseil constitutionnel à employer le terme « d'habilitation », considérant que sans la loi, l'autorité administrative n'aurait aucun pouvoir normatif susceptible de produire des effets *ad extra*.

477 Telles que la CNCL, le CSA, le Conseil des bourses de valeur. Voir pour tous ces organismes, les décisions précitées.

478 Décision 89-269 DC, précitée, 23^e considérant. La loi déferée, portant diverses dispositions relatives à la Sécurité sociale et à la Santé, renvoie à un arrêté ministériel « la mise en œuvre des principes posés par la loi ».

479 La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes permettant alors sans difficulté de consacrer un pouvoir réglementaire ministériel d'origine législative. Cf. note B. Genevois, sous CC, 22 janvier 1990, *RFDA* 1990, p. 410.

arrêtés ministériels confère en fait à celui-ci un pouvoir concurrent au pouvoir de délégation du Premier ministre, en matière normative. Mais le Conseil aurait pu considérer que l'article 21 alinéa 2 excluait toute intervention du législateur dans la répartition des compétences normatives au sein de l'Exécutif.

Plus généralement, l'admission de la capacité du renvoi législatif à modifier le titulaire du pouvoir réglementaire a été critiquée par certains auteurs. Pour le professeur Chapus, il s'agit d'une jurisprudence des plus constructives, le Conseil constitutionnel s'étant là très largement affranchi des textes⁴⁸⁰. Le conseiller Genevois admet pour sa part que la « tradition qui s'est instaurée a ainsi conduit à une application peu rigoureuse de l'article 21 de la Constitution »⁴⁸¹.

En tout état de cause, il faut remarquer que la jurisprudence constitutionnelle fonde la supériorité hiérarchique des actes décrets sur les autres catégories d'acte réglementaire, en reconnaissant la primauté du pouvoir réglementaire du Premier ministre sur les pouvoirs attribués par voie législative.

D'autre part, le renvoi législatif ne peut modifier le caractère unilatéral des mesures d'application de la loi. C'est dire qu'il ne peut faire appel à une convention pour définir les modalités de mise en œuvre de la loi⁴⁸². L'intégralité du pouvoir réglementaire issu de l'article 21 est ainsi protégée : il est interdit au législateur de subordonner l'édition d'actes d'application à la conclusion d'un acte contractuel, ce qui remettrait nécessairement en cause le pouvoir unilatéral de décision dont dispose constitutionnellement le Premier ministre. Effectivement, soumis au principe de l'autonomie, le contrat suppose l'accord réciproque des parties. Dans ces conditions, la faculté décisionnelle du Premier ministre serait limitée par la nécessité de rechercher l'accord des parties dont la loi impose la présence, ces parties étant alors érigées en co-auteur de l'acte. Or, la reconnaissance constitutionnelle d'un pouvoir normatif propre au profit du Premier ministre implique que la loi doive respecter la capacité unilatérale de décision de cette instance. On retrouve l'aversion traditionnelle du droit public français pour l'exercice par voie contractuelle de prérogatives de puissance publiques⁴⁸³. La constitutionnalisation du pouvoir réglementaire confié au Premier ministre entraîne sa protection contre toute tentative d'y porter atteinte par voie législative. De la même façon que le pouvoir réglementaire créé par le Parlement ne peut être qu'un pouvoir spécial, ne restreignant pas les capacités d'action du Premier ministre, le législateur ne peut subordonner les facultés décisionnelles du chef du Gouvernement dans des contraintes telles que le pouvoir que lui confère la Constitution perdrait son caractère initial.

Comme le remarque le conseiller Genevois, il n'en irait autrement que s'il existait un principe constitutionnel permettant le recours à une application de la loi opérée par voie conventionnelle ; tel est sans doute le cas en matière de droit du travail, le principe de participation des travailleurs, reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946, justifiant le renvoi à des conventions pour définir certaines des conditions de mise en œuvre de la législation⁴⁸⁴.

480 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Monchrestien, 7^e édition, 1993, n° 696.

481 Note sous la décision 89-260 DC, RFDA 1989, p. 674.

482 Décision 78-95 DC du 27 juillet 1978, RJC I-60 ; décision 89-260 DC, précitée, *a contrario*.

483 Par exemple, le Conseil d'État s'est toujours opposé à l'attribution par contrat à un particulier de pouvoirs de police. Cf. CE, 23 mai 1958, *Amodruz*, Rec. p. 301.

484 B. Genevois, note précitée sous CC, 22 janvier 1990. Cet auteur cite à l'appui de ses propos la décision 89-257 DC du 25 juillet 1989 (RJC I-358) où le Conseil précise qu'il « est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ..., le soin de préciser après une

Dans ces limites, on constate l'importance du renvoi législatif pour la définition de pouvoirs réglementaires distincts du pouvoir réglementaire général, octroyé par la Constitution. Au contraire, lorsque le renvoi législatif se borne à faire appel au Premier ministre pour l'exécution de la loi, il ne crée aucun pouvoir, puisqu'il se limite à réitérer les prévisions constitutionnelles. Est-il pour autant inutile, ou ne convertit-il pas une simple faculté en une obligation d'agir ?

§ 3 - L'INSTITUTION D'UNE OBLIGATION D'EXÉCUTION DE LA LOI ?

Selon certains auteurs, l'inclusion d'un renvoi au sein d'une loi traduirait la volonté du législateur d'obliger l'Exécutif à user de son pouvoir réglementaire⁴⁸⁵. Le renvoi législatif véhiculerait ainsi une obligation d'agir pour le détenteur du pouvoir réglementaire, tandis qu'il jugerait discrétionnairement de l'utilité d'employer spontanément ses facultés normatives.

Reste à déterminer la nature de la sanction applicable en cas de défaut de respect de cette obligation. Pour la majorité des auteurs admettant l'existence d'une obligation d'exécution, celle-ci s'analyse en une obligation de nature politique, dont la violation trouve seulement sa contrepartie dans la mise en jeu de la responsabilité politique du Gouvernement. Mais, face au caractère hypothétique et disproportionné de la sanction⁴⁸⁶, le Conseil d'État a abouti à consacrer l'existence d'une obligation juridique de procéder à l'exécution des lois. L'arrêt *Kevers-Pascalis*⁴⁸⁷ du 13 juillet 1962, parachevant une évolution jurisprudentielle⁴⁸⁸, a ainsi annulé pour excès de pouvoir des refus opposés à des demandes tendant à l'édition, par le ministre de l'Industrie, des mesures réglementaires prévues par l'article 3 d'une ordonnance du 15 juin 1945. Par la suite, la Haute juridiction administrative devait reconnaître la possibilité d'un droit à indemnité, la carence de l'Exécutif étant constitutive d'une faute, dans la mesure où elle s'analyse en la violation d'une obligation⁴⁸⁹. De même, une astreinte⁴⁹⁰ ou une injonction⁴⁹¹ peut être prononcée pour obliger le

concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il a édictées » (11^e considérant).

485 Cf. par exemple, conclusions Tardieu sur CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, précitées ; lorsqu'une loi charge le chef de l'État de prendre un règlement, elle a « pour effet de rendre la confection de ce règlement obligatoire, de facultative qu'elle était ». Dans le même sens, conclusions Ertori sur CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées et transport automobile*, précitées. Et note M. Waline, sous Tribunal correctionnel Libourne, 22 février 1952, *Caisse artisanale d'allocations vieillesse de Bordeaux*, précitée, p. 443. Plus généralement, voir les auteurs cités par les professeurs AUBY, in « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », JCP 1953, I, 1080, note 15 bis, et LACHAUME, in « La hiérarchie des actes administratifs exécutoires », *op. cit.*, p. 237. À noter toutefois, comme le fait remarquer ce dernier, que pour Maurice Hauriou, l'Exécutif dispose d'une liberté totale pour l'édition des règlements d'application, qu'il existe ou non un renvoi législatif.

486 Éléments que n'a pas manqué de mettre en relief le professeur Auby dans son article précité.

487 Rec. p. 475.

488 Cf. note J.-M. AUBY sous cet arrêt, D. 1963, J. p. 606.

489 Pour des illustrations jurisprudentielles, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 749.

490 CE, 11 mars 1994, *Soulat*, AJDA 1994, p. 387, conclusions Denis-Linton.

491 CE, Section, 26 juillet 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, RFDA 1996, p. 768.

gouvernement à exécuter une décision annulant un refus d'édicter des actes d'application d'une loi.

Cependant, l'obligation d'édicter les actes réglementaires d'exécution des lois est subordonnée à certaines conditions. En particulier, il faut que leur absence rende impossible l'application de la loi ; il est donc nécessaire d'examiner, au cas par cas, si la loi est suffisamment précise pour pouvoir être exécutée sans que des règlements viennent la compléter⁴⁹². Le système mis en place par le Conseil d'État repose sur une alternative : soit l'édiction des dispositions réglementaires n'est pas indispensable, la loi se suffisant à elle-même pour pouvoir être immédiatement applicable, et en ce cas l'Exécutif n'est pas tenu de créer des normes complémentaires⁴⁹³ ; soit, au contraire, la loi n'est pas applicable, car il manque des éléments normatifs permettant de concrétiser les situations de fait incluses dans l'emprise des prescriptions législatives, alors l'Exécutif a l'obligation d'édicter les règlements d'exécution et dispose pour cela d'un « délai raisonnable », selon les propres termes de la jurisprudence⁴⁹⁴. En effet, le Conseil d'État admet que le titulaire du pouvoir réglementaire bénéficie d'un certain laps de temps, d'ailleurs variable en fonction des circonstances, pour élaborer les normes d'application de la loi ; l'obligation d'exécution n'est pas susceptible de produire des conséquences juridiques immédiatement après la publication de la loi, la jurisprudence administrative laissant au gouvernement le temps nécessaire à l'élaboration des actes d'application.

Pour autant, l'impératif d'exécution des lois n'apparaît pas comme fonction de la présence éventuelle d'un renvoi législatif. Effectivement, c'est seulement lorsque des mesures réglementaires sont la condition nécessaire de l'application de la loi que leur édicition devient obligatoire. Or, cette hypothèse ne s'identifie pas nécessairement au cas où la loi opère un renvoi au pouvoir réglementaire. Il n'y a pas systématiquement coïncidence entre l'inapplicabilité de la loi consécutivement à l'absence de règlements exécutifs et l'identification d'un renvoi législatif non utilisé. Autrement dit, ce n'est pas parce que l'on peut déterminer un renvoi que la loi est inapplicable dans l'attente des règlements pris dans le cadre de ce renvoi, et donc que l'édiction de ces derniers devient obligatoire.

L'appréciation de la nécessité du règlement, condition du caractère obligatoire de son édicition, par rapport à la possibilité d'application de la loi ne dépend pas directement de la prévision de l'intervention de textes d'application par le législateur⁴⁹⁵.

492 Voir en ce sens, conclusions Galnot sur CE, 27 novembre 1964, *Ministre des Finances et des affaires économiques c/ Dame veuve Renard*, Rec. p. 590. Et dernièrement, conclusions S. Lasvignes, sur CE, ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, Rec. p. 303.

493 Cf. *Jurisclasser contentieux administratif*, « Constitution », n° 130.

494 Cette notion a été dégagée par l'arrêt du 24 juillet 1936, *Syndicat de défense des grands vins de la Côte d'Or* (Rec. p. 861) et reprise dans l'arrêt *Kevers-Pascalis* (précité).

495 Cf. en ce sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 750, citant un arrêt du 26 février 1954, *Département de la Guadeloupe* (Rec. p. 129). Voir aussi, CE, 23 novembre 1939, *Sieur Gaulard*, Rec. p. 497. Pour des décisions récentes, voir TA Rennes, 26 mai 1994, *Consorts Le Du*, BJD 1994, n° 3, p. 91, dans lequel il est jugé que l'article L. 600-3 du Code de l'urbanisme est d'une précision suffisante pour être directement applicable, nonobstant la prévision de l'intervention d'un décret en Conseil d'État. Dans un avis du 4 novembre 1994, le Conseil d'État devait statuer dans le sens de l'inapplicabilité immédiate de cette disposition, le commissaire du Gouvernement ayant toutefois reconnu que le renvoi par la loi à un décret d'application ne suffisait pas à lui seul à retarder l'entrée en vigueur de la loi si l'application de celle-ci n'était pas manifestement impossible (Conclusions Fratacci sur CE, 4 novembre 1994, *Préfet de Meurthe et Moselle*, RFDA 1995, p. 51). Voir aussi, TA Lille, 23 février 1995, *Préfet du Nord*, RFDA 1996, p. 423, conclusions Boulay.

C'est au regard de la question de l'applicabilité immédiate de la loi qu'est déterminée l'existence d'une obligation d'agir, et non en fonction de l'existence d'un renvoi législatif.

Néanmoins, il existe une relation unissant la détermination de l'applicabilité de la loi et la présence d'un renvoi législatif. C'est ce qu'exprime le commissaire du Gouvernement Lévis dans ses conclusions sur l'arrêt du 23 juin 1989, *Veriter*⁴⁹⁶. Selon lui, est « *a priori* sans incidence sur la question de l'applicabilité le fait que l'auteur de l'acte ait, ou non, explicitement prévu l'intervention de textes d'application ». Néanmoins, cette affirmation doit être nuancée puisque le Conseil d'État se montrerait réticent « à déclarer un texte inapplicable par lui-même lorsque son auteur, particulièrement s'il s'agit du législateur n'a pas renvoyé à des textes d'application ». En réalité, l'absence de renvoi doit être considérée seulement comme un élément reflétant la volonté du législateur de conférer à la loi « la valeur d'un texte applicable par lui-même »⁴⁹⁷. Il s'agit d'un indice en faveur de l'applicabilité immédiate⁴⁹⁸, mais celle-ci reste déterminée par la question « de savoir si la disposition en cause est suffisamment précise pour avoir pu être appliquée dès sa publication ».

Cette contestation d'un lien direct unissant la prévision d'un renvoi législatif et l'applicabilité immédiate ou différée de la loi, et par ce biais, l'obligation d'agir de l'Exécutif, a été confirmée par le commissaire du Gouvernement Toutée, dans ses conclusions sur l'avis du 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*⁴⁹⁹. Il énonce ainsi qu'il ressort de la jurisprudence administrative « qu'une loi qui a prévu un décret d'application peut souvent être appliquée, au moins en partie, avant l'intervention du dit décret, et qu'en sens inverse une loi muette sur ses mesures d'application peut en exiger absolument avant d'être appliquée »⁵⁰⁰.

L'ensemble de cette doctrine conduit à affirmer que la prévision d'un renvoi législatif est loin de générer une quelconque obligation d'exercice par l'Exécutif de son pouvoir réglementaire. Éventuellement, elle ne représente qu'un élément (d'ailleurs d'influence modeste, comme le reconnaissent les commissaires du Gouvernement dans les conclusions sus-analysées) parmi d'autres, permettant de déterminer la nécessité d'une réglementation complémentaire aux prévisions

496 Rec. p. 146, conclusions Lévis.

497 Et inversement, la présence d'un renvoi permet de présumer que le législateur a entendu subordonner l'entrée en vigueur d'un texte à l'intervention des décrets prévus (Cf. en ce sens, avis du Conseil d'État du 4 novembre 1994, *Préfet de Meurthe et Moselle*, DA 1995, n° 22 ; RFDA 1995, p. 55).

498 Dans un arrêt du 2 décembre 1994, *Préfet du Nord*, le Conseil d'État note ainsi qu'une disposition législative est directement applicable, après avoir relevé que celle-ci ne prévoyait d'ailleurs pas l'intervention d'un texte réglementaire. Pour les commentateurs de l'arrêt, l'absence de renvoi législatif s'analyse en une présomption d'applicabilité immédiate de la loi (B. FAURE, « Le logement de fonction dans la fonction publique territoriale », RFDA 1996, p. 108 ; M. GHEBALI-BAILLY, LPA 1995, n° 60, p. 17).

499 AJDA 1992, p. 293.

500 Dans le même sens, voir conclusions Legal, sur CE, 23 octobre 1992, *Diemert*, précité, DS 1992, J p. 514. Ceci semble d'ailleurs être une position ancienne du juge administratif, puisque J.-L. Herzog a pu écrire que « jusqu'à 1932, la jurisprudence du Conseil d'État était en ce sens que la disposition d'une loi renvoyant à un règlement d'administration publique... n'avait pas *ipso facto* pour effet de reculer sa mise en vigueur jusqu'à la confection du règlement » (« La loi et le règlement d'administration publique. Les effets suspensifs de la délégation législative », RDP 1938, p. 681. Cet auteur relève toutefois un arrêt du 11 mars 1932 qui marquerait une nouvelle tendance en sens contraire. Mais cette décision semble être restée isolée depuis).

législatives⁵⁰¹. Et ce n'est que par la médiation de cette recherche qu'elle influe sur la genèse d'une obligation d'agir pour le Gouvernement.

En fait, l'absence de lien véritable entre la détermination d'un renvoi législatif et l'institution d'une contrainte s'imposant à l'Exécutif, témoigne de l'origine constitutionnelle de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire. Ce n'est pas la force contraignante de la loi qui génère cette obligation, mais celle de la Constitution⁵⁰², la loi n'étant que la cause déclenchante lorsqu'elle est inapplicable par elle-même. C'est le texte constitutionnel qui prescrit que la loi ne peut rester lettre morte, ce qui se produirait inmanquablement si l'Exécutif n'édicte pas les règlements nécessaires à son application. L'autorité en charge de l'application de la loi se verrait reconnaître une sorte de droit de veto, puisque par sa carence, elle pourrait paralyser la mise en œuvre concrète des dispositions législatives. Ainsi, l'Exécutif posséderait un moyen de pression considérable sur le législatif, et l'équilibre des pouvoirs serait rompu. Ce n'est donc pas un hasard si c'est seulement dans le cas où la loi doit être complétée par des règlements, sous peine d'être inapplicable, qu'existe cette obligation ; l'Exécutif ne doit pas pouvoir disposer librement de la condition d'effectivité des dispositions législatives. Le système constitutionnel dans son ensemble, et la séparation des pouvoirs en particulier, postulent l'existence d'un pouvoir lié.

Cette origine constitutionnelle, et non législative, de l'obligation d'agir est corroborée par l'impuissance de la loi à imposer un délai cantonnant l'action de l'Exécutif. On a eu effectivement l'occasion de voir que lorsque le législateur impartissait un délai pour l'action de l'Exécutif, celui-ci était interprété comme ayant une valeur simplement indicative⁵⁰³. Cette jurisprudence s'harmonise totalement avec la doctrine du Conseil d'État relative à l'obligation d'agir du pouvoir exécutif, puisque la reconnaissance d'un caractère impératif au délai fixé par le législateur aurait équivalu à lui permettre de contraindre l'Exécutif à édicter des règlements, nonobstant toute condition d'applicabilité immédiate de la loi.

Plus généralement, si la prévision d'un renvoi législatif manifestait la volonté des parlementaires de contraindre le Gouvernement à user de ses pouvoirs constitutionnels, elle devrait s'analyser en une injonction. Or, la Constitution proscrit toute possibilité d'injonction du pouvoir législatif à l'égard l'Exécutif⁵⁰⁴. En effet, comme a pu l'écrire M. Guettier, l'injonction ne peut plus désormais être incluse dans l'arsenal des techniques parlementaires, en tant qu'elle est contraire au principe de spécialisation fonctionnelle. Selon cet auteur, les membres du Parlement « ne peuvent faire usage de procédures les autorisant à

501 Par exemple : CE, sect., 8 janvier 1954, *Sieur Clauzel*, *Rec.* p. 475 ; après avoir visé le renvoi au règlement, le Conseil considère que « l'intervention de ce règlement était ainsi indispensable » pour l'application de la loi. Pour deux exemples récents : CE, 25 mai 1992, *Soulat*, *AJDA* 1992, p. 691, note P. Letourneur ; le Conseil d'État admet l'existence d'une obligation d'édicter les décrets d'application auxquels renvoie la loi. CE, 9 avril 1993, *Société des auteurs des arts visuels-SPADEM*, *Rec.* p. 107, *DA* 1993, n° 258. Dans cet arrêt, le Conseil remarque que la loi du 11 mars 1957 avait prévu l'intervention d'un décret pour l'application de son article 42, avant de souligner que « le gouvernement avait l'obligation d'assurer la pleine application de cet article en prenant dans un délai raisonnable les dispositions réglementaires nécessaires à sa mise en œuvre ». L'élément déterminant de la genèse de l'obligation d'agir est bien la nécessité de la réglementation, qui est notamment inférée de la présence d'un renvoi. Au contraire, dans un arrêt du 2 décembre 1994, *Commune de Cuers* (*Rec.* p. 522), le Conseil précise que la loi ne prévoit aucun renvoi pour dire ensuite qu'elle est directement applicable.

502 Voir en sens contraire l'opinion de Carré de Malberg, analysée par J.-M. AUBY, in « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *op. cit.*, note 26.

503 Cf. *supra*.

504 Cf. *Tables trentenaires du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 100.

empiéter sur les attributions du Gouvernement à l'occasion d'une opération normative »⁵⁰⁵. Le renvoi législatif ne peut donc être entendu comme comportant intrinsèquement une obligation d'agir, dans la mesure où la loi doit être présumée respecter la Constitution.

L'obligation d'agir de l'Exécutif puise ainsi sa source dans la Constitution⁵⁰⁶ et obéit à des conditions propres, indépendantes ou, plus exactement, très largement indépendantes, de la prévision par le législateur d'un renvoi au règlement.

505 *Le Conseil constitutionnel et le droit parlementaire sous la V^e République*, thèse, Paris I, 1986, dactyl., T. 2, p. 531.

506 Pour M. Guibal, le gouvernement en n'édicte pas (ou tardivement) les règlements nécessaires à l'application de la loi, « s'arroge une prérogative qui va à l'encontre du texte constitutionnel ». « Le retard des textes d'application des lois », *RDP* 1972, p. 1061.

[

TITRE III

RG 12

LA RÉSERVE DE LOI ET LE CHAMP D'INTERVENTION DU POUVOIR LÉGISLATIF

En prévoyant par son article 37 alinéa 1 que les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi relèvent du pouvoir réglementaire, la Constitution du 4 octobre 1958 introduit une véritable innovation. En effet, si l'institution de réserves de loi, par les articles 34 et autres, ne constitue pas une originalité, dans la mesure où la Constitution précédente avait déjà institué dans certains cas, certes très limités, l'obligation d'une régulation législative, comme devait d'ailleurs le souligner le Conseil d'État dans l'avis de 1953, la tradition constitutionnelle française, issue de la Révolution et magnifiquement décrite par Carré de Malberg dans ses œuvres, avait toujours conféré au législateur une compétence absolue. De même, l'inscription de réserves de loi dans la Constitution apparaît comme un élément banal en droit comparé, tandis que la seule référence possible pour l'identification d'une réserve réglementaire remonte à la monarchie constitutionnelle allemande de la fin du XIX^e siècle.

À l'instar de ce système normatif, la Constitution de la V^e République définit à la fois la compétence du législateur et celle du pouvoir réglementaire. Contrairement aux modèles étrangers contemporains, la loi ne retrouve pas de compétence délimitative en dehors des matières réservées, puisque d'après l'article 37, tout ce qui ne relève pas de la loi est imparti au règlement ; l'ordonnancement juridique est ainsi totalement couvert par la répartition constitutionnelle entre la loi et le règlement. Cette attribution d'une compétence réglementaire par la Constitution, et corrélativement la nécessité pour le législateur de respecter son intégrité, caractérise le système français des sources par rapport aux autres pays européens. C'est cette coexistence entre une réserve réglementaire et une réserve de loi qui particularise le choix des Constituants de 1958.

Reste à savoir si la définition d'un domaine réglementaire par la Constitution constitue effectivement une limite à l'expansion législative.

Autrement dit, la réserve de loi constitue-t-elle véritablement le maximum de l'emprise offerte régulièrement à l'acte législatif, où celui-ci peut-il s'évader du strict cadre délimité par l'ensemble des réserves de loi, sans pour autant violer la Constitution ? Ceci revient à poser le problème de la disponibilité de la compétence réglementaire du fait de l'Exécutif.

Enfin, il est des cas, précisément identifiables, dans lesquels le règlement qui se substitue à la loi en contravention de la réserve de loi, se voit validé lors d'un éventuel contrôle juridictionnel. Ceci porte atteinte à l'intégrité de la réserve de loi, en autorisant l'intervention réglementaire là où une loi serait nécessaire en vertu de la Constitution. Le champ normatif ouvert à la loi est potentiellement réduit d'autant, puisque la garantie de légalité dont est recouvert l'acte réglementaire en conséquence de son examen juridictionnel n'impose pas l'édiction d'un acte législatif. Au contraire, on pourrait imaginer que le vide juridique résultant de la censure de règlements susciterait l'intervention palliative du législateur, conformément aux prescriptions constitutionnelles. Ce sont ces hypothèses de décalage entre la réalité du système normatif constitutionnel, tel qu'il est notamment interprété par le Conseil constitutionnel et certaines jurisprudences du juge administratif, dont l'origine est souvent antérieure à 1958, qu'il va nous falloir étudier.]

Chapitre I

LA RÉSERVE DE LOI COMME LIMITE À LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

(LA QUESTION DE LA RÉSERVE RÉGLEMENTAIRE)

À l'origine, le mécanisme des articles 34 et 37 a été perçu comme une révolution juridique, puisque le « domaine de la loi est exceptionnel », tandis que « le domaine réglementaire constitue donc juridiquement le droit commun »⁵⁰⁷. La Constitution a été entrevue comme séparant nettement et de façon étanche, les espaces ouverts au règlement et à la loi. Ainsi, dans les secteurs réservés au règlement, l'Exécutif disposerait d'une marge de manœuvre égale à la discrétionnalité de la loi, puisque par hypothèse aucune loi ne pourrait durablement gêner son action. Le règlement aurait perdu son caractère subordonné et pourrait s'affranchir des prévisions législatives dans des domaines d'autant plus vastes qu'ils constituent la compétence de principe, tandis que c'est le législateur qui souffre de l'énumération des matières.

Dans ce cadre, la loi se voyait bornée par la composante matérielle de sa définition, le règlement bénéficiant d'une faculté normative indépendante dans les matières non incluses dans l'article 34. Le principe de légalité subissait alors une atteinte affectant ses deux acceptions.

D'une part, aucune loi préalable ne serait nécessaire à l'édiction des règlements pris dans le domaine délimité par l'article 37 alinéa 1 ; d'autre part, ces règlements pourraient toujours s'affranchir des dispositions législatives qui viendraient à se trouver hors de leur domaine propre, défini par l'article 34, en faisant usage de la procédure prévue à l'article 37 alinéa 2. D'ailleurs, l'article 41 de la Constitution permettrait d'éviter que de tels éléments législatifs puissent être votés, en conférant au Gouvernement le pouvoir de s'opposer à tout amendement ou à toute proposition qui ne soit pas du domaine de la loi, réduisant d'autant la probabilité qu'une loi interfère sur le domaine réglementaire. Les règlements édictés sur le fondement de l'article 37 revêtiraient alors le caractère de règlements autonomes, dans le sens où non seulement ils ne seraient pas tenus de respecter les éventuels textes législatifs ne répondant pas à la définition matérielle nouvelle de la loi (une délégalisation étant toujours possible), mais encore pourraient-ils intervenir spontanément, sans être tenus de développer des prescriptions législatives préalables (*lex previa*). On conçoit l'ampleur de la modification de configuration, la théorie juridique française étant centrée jusque là sur le concept de règlement exécutif. Certes, le début du

507 J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1975, T. I., p. 885. Dans le même sens : P. DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *JCP* 1959, I, 1470, et R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chronique XXII. Pour un exemple de mise en œuvre de ce point de vue par le juge judiciaire, voir Cour d'appel de Basse-Terre, 5 septembre 1989, *SCA La Madeleine*, *DS* 1990, jurisprudence, p. 223, note J. Prévault.

XX^e siècle avait été marqué par l'émergence d'un certain pouvoir réglementaire *praeter legem*⁵⁰⁸, mais celui-ci était très limité quant à son domaine qui de plus, n'était pas protégé contre les éventuelles incursions du pouvoir législatif⁵⁰⁹. La juxtaposition, à côté du domaine législatif, d'un pouvoir réglementaire initial et inconditionné, possédant une compétence de principe, et l'établissement corrélatif d'une répartition de type « horizontal » entre la loi et le règlement, sont les éléments saillants des premières analyses opérées aux débuts de la nouvelle Constitution.

Pourtant celles-ci devaient être démenties par la suite. Le premier élément d'une longue chaîne est certainement constitué par l'acceptation du contrôle contentieux, par la juridiction administrative des règlements pris sur le fondement de l'article 37, alinéa 1 ; ceux-ci sont donc considérés comme des actes administratifs⁵¹⁰.

Cette jurisprudence avait déjà pour effet de remettre en cause la parité établie entre les règlements dits autonomes et les actes législatifs⁵¹¹. En conséquence, les règlements autonomes, à l'instar des classiques règlements d'exécution, sont soumis à l'intégralité des lois existantes, du moment que celles-ci n'ont pas été délégalisées. En effet, la Constitution n'a pas prévu que l'ensemble des lois qui viendraient à intervenir dans le domaine réglementaire perdrait *de plano* la force législative qui leur est attachée ; ce n'est qu'en respectant la procédure prévue à l'article 37 alinéa 2 que le Gouvernement peut modifier une législation en vigueur.

Le premier point posé, l'étude du droit positif, réalisée d'abord seulement par certains précurseurs, devait révéler que les relations entre la loi et le règlement doivent s'analyser comme des relations de type vertical⁵¹². De ce point de vue, la Constitution n'aurait pas entériné la « révolution » préfigurée par les premiers commentateurs du nouveau texte⁵¹³.

Pour autant, il n'en existe pas moins un domaine réservé au règlement, contrairement aux Constitutions précédentes. C'est ce que démontrent les décisions du Conseil constitutionnel rendues au titre de l'article 37 alinéa 2 : en délégalisant des dispositions législatives, le Conseil fait ressortir que la Constitution attribue un certain espace au pouvoir réglementaire, que l'Exécutif peut à tout moment recouvrer. Mais concrètement, cet espace réservé au règlement concerne seulement l'exécution de la loi à des degrés plus ou moins grands. C'est dire que la réserve réglementaire, dont on ne peut nier la réalité et les potentialités, permet de concrétiser un pouvoir exécutif qui, loin de posséder

508 Voir les arrêts du 28 juin 1918, *Heyries* (Rec. p. 651, GAJA, n° 35) et surtout – puisque non lié à la théorie des circonstances exceptionnelles –, du 8 août 1919, *Labonne* (Rec. p. 737, GAJA, n° 39).

509 Et à cet égard, ce type de règlement *praeter legem* antérieur à 1958 devrait plutôt être qualifié de « règlement indépendant », au sens où en droit comparé, le qualificatif « autonome » désigne le règlement intervenu à la fois *praeter legem*, mais aussi dans un espace interdit au législateur.

510 Cf. GAJA, observations sous CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, n° 96, et les arrêts cités.

511 Et *a priori*, dans la logique de la conception initiale, la question se posait compte tenu de la discrétionnalité dont pourraient jouir les règlements autonomes et de leur possibilité de modifier – après délégalisation – des lois existantes.

512 Cf. L. FAVOREU, « Les règlements autonomes existent-ils ? », contribution aux *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, p. 405-420 ; du même auteur, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987, p. 871-884.

513 C'est ce qu'avait permis d'établir le colloque d'Aix-en-Provence de 1977 sur *Le domaine de la loi et du règlement*, 2^e éd., 1981, Economica-PUAM, avec la célèbre formule du professeur Rivero selon laquelle « la révolution n'a pas eu lieu », p. 263.

un caractère discrétionnaire égal à celui de la loi, revêt une dimension *secundum legem*.

Ceci est dû à la conjugaison de deux éléments. D'une part, la détermination des contours de la réserve réglementaire fait apparaître le règlement comme une norme secondaire par rapport à la loi, seule norme primaire connue du droit positif ; d'autre part, la réserve réglementaire est certainement moins bien protégée que la réserve de loi, le Conseil constitutionnel ayant même affirmé que l'intervention législative sur le domaine réglementaire ne constitue pas une inconstitutionnalité, ce qui augmente d'autant la probabilité que l'acte réglementaire soit subordonné à une loi. La conjugaison de données juridiques et factuelles permet de dresser le tableau exact de la situation du règlement sous la V^e République, en tant que norme subordonnée, confinée au respect et au développement des prescriptions législatives.

Section I

LES CARACTÈRES DE LA RÉSERVE RÉGLEMENTAIRE

La spécificité française réside dans le fait que c'est la Constitution qui définit complètement la répartition des compétences entre la loi et le règlement, si bien que l'on est tenté de dire que là où finit la réserve de loi, commence la réserve réglementaire. C'est d'ailleurs ce qu'exprime parfaitement la rédaction de l'article 37 alinéa 1. Tant et si bien que la détermination du champ d'une réserve aboutit, par démarcation, à configurer l'emprise de l'autre.

Ainsi, lorsque la juridiction constitutionnelle vérifie, dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, que le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence en procédant à un renvoi au pouvoir réglementaire, il s'assure que ce renvoi porte bien sur un espace attribué au règlement par la Constitution, respectant de la sorte la réserve de loi. De la même façon, les procédures des articles 41 et 37 alinéa 2 de la Constitution permettent de délimiter ce qui relève de la loi et ce qui relève du règlement. Les deux domaines normatifs sont indissociables l'un de l'autre, si bien que leur ampleur relative permet de définir la place respective de la loi et du règlement, et notamment la marge de manœuvre de ce dernier type d'acte, compte tenu de la coexistence, à côté de cette délimitation des compétences, d'un principe hiérarchique, régissant les relations entre lois et règlements.

Les mécanismes utilisés pour délimiter la réserve réglementaire servent donc en même temps à délimiter la réserve de loi. C'est d'eux que dépend principalement la question de savoir si l'espace réglementaire constitutionnel est avant tout *secundum legem* ou au contraire *praeter legem*. Reste que parfois, les autorités compétentes s'abstiennent de les mettre en œuvre, pour le plus grand profit de la loi, qui se voit alors déliée d'une limite à l'étendue de sa compétence.

§ 1 - LES TECHNIQUES DE DÉLIMITATION

Une fois définies les matières réservées à la loi, le problème s'est posé de délimiter concrètement l'ampleur des secteurs normatifs couverts par ces réserves. Autrement dit, quelle est la borne maximale à partir de laquelle commence la compétence réglementaire ? Le Conseil constitutionnel s'est trouvé confronté à

cette difficulté dès les premières saisines sur le fondement des articles 41 et 37 alinéa 2, et a par la suite utilisé la méthode dégagée dans ce cadre, lors de la vérification de la commission éventuelle par le législateur d'une incompétence négative ⁵¹⁴.

L'analyse de l'ensemble de cette jurisprudence constitutionnelle laisse ressortir une profonde permanence des critères de délimitation utilisés, que l'on envisage la durée sur laquelle s'étalent les décisions du Conseil constitutionnel, ou que l'on se place sur le plan de la diversité des contentieux dans lesquels est envisagée la répartition entre la loi et le règlement.

Incontestablement, le juge constitutionnel s'est rallié à un mécanisme de cantonnement par l'importance afin de déterminer le rôle normatif respectif du législateur et de l'Exécutif.

Ainsi, tout ce qui met en cause un principe ou une règle d'une matière réservée à la loi relève du Parlement, tandis qu'à l'inverse, ce qui ne concerne que la mise en œuvre ressortit à la compétence gouvernementale en vertu de l'article 37 alinéa 1, sous réserve de dénaturation.

Toutefois, dans certaines hypothèses, le Conseil ne s'est pas contenté de déterminer abstraitement le contenu des deux domaines, mais s'est référé à l'état du droit existant antérieurement à la promulgation de la Constitution. Il a alors fait usage de ce qu'il est convenu d'appeler le critère de « l'état de la législation antérieure », transposant la situation normative préconstitutionnelle pour analyser les nouveaux rapports entre la loi et le règlement.

Mais en fait, il apparaît que ces deux critères ne sont pas divergents : « l'état de la législation antérieure », utilisée essentiellement dans les premières années de la Constitution, permet lui aussi de déterminer la loi comme norme de l'essentiel, l'espace réglementaire constitutionnel demeurant *intra legem*.

A. - Le critère de l'état de la législation antérieure

L'écho du critère de « l'état de la législation antérieure » a été d'autant plus intense qu'il a été utilisé de façon concordante par le juge constitutionnel et le juge administratif.

Résumée, cette jurisprudence consiste à déterminer le contenu des différentes rubriques de l'article 34 par rapport aux limitations apportées par la législation antérieure à la Constitution. Comme l'écrit M. de Villiers « les matières législatives doivent être prises en considération, non dans leur état d'origine, mais telles qu'elles se présentent au jour de l'intervention nouvelle des pouvoirs publics, c'est-à-dire telles qu'elles ont été déjà "modélées" par le législateur » ⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Cette chronologie s'explique par le fait que dans les années qui suivirent la promulgation de la Constitution, le Conseil fût surtout consulté dans le cadre des procédures des articles 37 alinéa 2 et 41, le facteur de croissance de l'utilisation de l'article 61 alinéa 2 étant bien évidemment la réforme constitutionnelle de 1974 élargissant à soixante députés ou soixante sénateurs les capacités de saisine à fin de contrôle de la constitutionnalité des lois. D'autre part, la jurisprudence sur les incompétences négatives ne date que de 1967 – et son renouveau remonte seulement à 1982 (cf. *GDCC*, n° 15, paragraphe 23) –, c'est-à-dire qu'il a fallu attendre cette date pour que le juge constitutionnel connaisse d'une question de répartition des compétences entre la loi et le règlement au sein du contentieux de constitutionnalité développé sur la base de l'article 61,2, tandis que les articles 37,2 et 41 concernent des procédures spécialisées en vue d'obtenir un jugement sur la délimitation entre loi et règlement. On conçoit alors que ce fût d'abord là que se fixa la détermination des mécanismes de séparation entre ces deux catégories d'acte normatif.

⁵¹⁵ « La jurisprudence de l'état de la législation antérieure », *AJDA* 1980, p. 387-397.

De la sorte, sera possible l'intervention du pouvoir réglementaire qui se situe dans le cadre de la régulation émanant de lois antérieures à la Constitution. Les matières de l'article 34 ne sont pas considérées *in abstracto* mais en fonction de leur configuration d'avant 1958, et notamment de la place plus ou moins grande accordée, dans le secteur en cause, au pouvoir réglementaire.

Ce critère se présente donc comme une technique d'interprétation de la réserve de loi. Il convient ainsi d'en préciser la portée, et ceci sans qu'il soit nécessaire de refaire l'exposé complet de cette jurisprudence, les travaux existants y pourvoyant largement ⁵¹⁶.

~~D'un autre point de vue, cette jurisprudence légitime l'intervention du pouvoir réglementaire. Pour autant, qu'elle est la nature de celui-ci ? La question est de savoir s'il est possible de rattacher ces règlements à une typologie, ne serait-ce que par rapport à la dialectique règlements/autonomies/règlements exécutifs.~~

1. - Une technique de transition

Le critère de « l'état de la législation antérieure » consiste à prendre en considération la définition par le législateur des règles ou principes fondamentaux dans chaque secteur normatif particulier. Et ce afin de concéder au pouvoir réglementaire une marge d'action.

C'est donc l'intervention du législateur antérieure à la Constitution qui permet de donner un contenu à l'énumération de l'article 34.

~~Cette législation préconstitutionnelle est analysée, tant par le Conseil d'État que par le Conseil constitutionnel, à un double égard. Ce sont à la fois les règles de fond et les règles de compétence qui sont envisagées.~~

Au titre des premières, la modélisation du principe fondamental s'établit à partir de l'agrégation de l'ensemble des limitations de portée générale déterminées par le législateur, comme l'a montré M. de Villiers ⁵¹⁷. On aboutit ainsi à un fractionnement de la portée d'un même principe fondamental selon le secteur en cause. En fonction de la plus ou moins grande altération du principe concernant la catégorie de rapports sociaux à réguler, le champ d'intervention du pouvoir réglementaire variera. En effet, ces limitations constituent, une fois posées pour le législateur, un cadre d'action par l'Exécutif.

Au titre des secondes, c'est la répartition existant alors entre la loi et le règlement qui est appréhendée. Ainsi, pour déterminer si une mesure ne viole pas l'article 34, les juridictions chargées de la délimitation des compétences rechercheront s'il n'existait pas, antérieurement à 1958, des renvois législatifs au pouvoir réglementaire. Ainsi, les habilitations législatives sont-elles prises en compte dans le cadre de la détermination du contenu du droit antécédent à la V^e République. Par exemple, dans la décision 61 alinéa 3 FNR du 8 septembre 1961 ⁵¹⁸, le Conseil constitutionnel s'inspire expressément de la loi du 17 août 1948 et de l'ordonnance du 30 juin 1945 pour déterminer la portée, en matière de fixation des prix, de l'alinéa de l'article 34 réservant à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles. Et s'il statue en faveur de la compétence réglementaire, c'est parce que, antérieurement à la Constitution, les lois précitées avaient transféré au pouvoir réglementaire la régulation de ce secteur.

⁵¹⁶ Cf. M. DE VILLIERS, article précité et *GDCC* n° 6, paragraphe 12 et s.

⁵¹⁷ Article précité.

⁵¹⁸ *Rec.* p. 48.

De même, le Gouvernement peut-il attenter à la liberté contractuelle en établissant, par décret, des tarifs plafonds d'honoraires médicaux, car ce pouvoir lui revenait, sous les régimes antérieurs, sur la base d'habilitations législatives⁵¹⁹.

De façon identique, dans l'arrêt du 28 octobre 1960⁵²⁰, *Martial de Laboulaye*, le commissaire du Gouvernement analyse la portée du 4^e alinéa de l'article 34 (qui réserve à la loi les principes fondamentaux du régime de la propriété), dans le secteur de la réglementation économique en considérant qu'en la matière, « le Parlement, sous les III^e et IV^e Républiques s'était déjà par une méthode constante, déchargé sur le Gouvernement ». L'état du droit antérieur, basé sur une compétence de principe du pouvoir réglementaire, justifie donc que l'article 34 soit interprété comme ne faisant pas obstacle à l'exercice, par le Gouvernement, de son pouvoir normatif.

La technique de l'état de la législation antérieure est ainsi une méthode d'interprétation de la Constitution à partir de la législation existante lors de son entrée en vigueur. En effet, le texte fondamental a été élaboré alors qu'était déjà présent dans l'ordonnancement juridique, un ensemble de normes. Aussi est-il légitime de penser que les Constituants ont eu celles-ci à l'esprit lors de la rédaction de la Constitution, et que c'est par rapport à cette législation qu'ils se sont positionnés⁵²¹. On aboutit ainsi à une « pétrification » de la législation par la nouvelle norme constitutionnelle. Ceci explique que l'état de la législation antérieure soit l'état de la législation antérieure à la Constitution, comme a eu l'occasion de l'affirmer le Conseil constitutionnel lui-même⁵²². Ce critère apparaît ainsi comme un « point de passage » entre la nouvelle Constitution et le droit antérieur. Il permet la transition en intégrant, dans l'interprétation de la Norme fondamentale, la législation ancienne. Comme le remarque le professeur Rivero, il semble établi « pour éviter la rupture brutale avec le système antérieur et pour transformer la césure en continuité »⁵²³.

Le caractère transitoire de cette notion s'induit d'ailleurs du fait que, désormais, les deux juridictions ne semblent plus en faire usage, et ce, au fur et à mesure que l'on s'éloigne du 4 octobre 1958⁵²⁴. De même, ce critère n'a jamais concerné que l'article 34 et non les autres dispositions constitutionnelles prévoyant une réserve législative.

Cette technique délimitatrice est donc marginale et paraît même actuellement éteinte. Reste que son principal intérêt était de définir les limites

519 Conseil d'État, 13 juillet 1962, *Conseil de l'Ordre national des médecins*, *Rec.* p. 479 ; *RDP* 1962, p. 739, conclusions Braibant : le commissaire du Gouvernement cite dans ses conclusions l'ordonnance du 30 juin 1945, une ordonnance du 19 octobre 1945 et la loi du 17 août 1948.

520 *AJDA* 1961, II, 20, conclusions Heumann.

521 Et c'est ainsi qu'expliquant la méthode de définition des matières réservées à la loi, le rapporteur général devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'État déclara : « Nous avons puisé en général dans les lois de délégation déjà intervenues. Reprenant ensuite les mêmes lois de délégation en sens inverse, nous avons recherché ce que celles-ci avaient interdit au pouvoir réglementaire » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, vol. 3, La Documentation française, Paris, 1991, p. 96). M. Deschamps laisse de cette façon clairement entendre que l'article 34 a été « construit » à partir des lois de délimitation préconstitutionnelles.

522 Décision 60-7 L du 8 juillet 1960, *RJC* II-4 ; en sens contraire, voir l'opinion de A. DE LAUBADÈRE, in *AJDA* 1961, p. 543.

523 Rapport de synthèse au colloque sur le domaine de la loi et du règlement, publié dans la collection *Droit public positif*, 2^e éd., 1981, p. 263.

524 Cf. *GDCC*, n° 6, paragraphe 16.

d'intervention du pouvoir réglementaire dans un secteur donné. C'est à cette conséquence que l'on va s'attacher maintenant.

2 - Une technique de légitimation

En premier lieu, il faut définir le fondement du pouvoir réglementaire intervenu en s'autorisant de « l'état de la législation antérieure ».

Pour ce qui concerne le Conseil constitutionnel, on sait que cette juridiction s'appuie sur la délimitation constitutionnelle du domaine de la loi et du règlement pour répartir les compétences. S'il conclut qu'une réglementation s'inscrit dans le cadre des restrictions apportées par le législateur antérieur, il en déduit que celle-ci ne relève pas de l'article 34 mais bien de la compétence réglementaire de l'article 37.

De même, dans toutes les affaires où le Conseil d'État a fait référence à l'état de la législation antérieure⁵²⁵, il était saisi de décrets ne dérivant d'aucun texte, d'aucune habilitation du législateur⁵²⁶. Le seul fondement possible est l'article 37 de la Constitution.

À ce stade, une précision est nécessaire. On a vu que les deux juridictions recouraient, pour la définition de la portée de l'article 34, aux habilitations législatives préconstitutionnelles. Ceci ne signifie en aucun cas que celles-ci servent de base légale aux mesures réglementaires. Elles ne sont que des éléments d'interprétation de la Constitution, seule fondement du pouvoir réglementaire. Preuve en est que ces habilitations figurent le plus souvent uniquement dans les conclusions des commissaires du Gouvernement et que le Conseil d'État ne se réfère qu'aux dispositions constitutionnelles de l'article 37 comme base du règlement déferé.

Ainsi, la jurisprudence de l'état de la législation antérieure se distingue nettement de celle sur la non caducité des anciennes habilitations que l'on étudiera ultérieurement. En effet, pour ce qui concerne la première, peu importe que l'habilitation soit ou non en vigueur, puisqu'elle a seulement une vertu interprétative. Tandis que dans la seconde, l'habilitation constitue la base légale de l'acte réglementaire. Par exemple, si le Conseil constitutionnel cite dans sa décision 61-3 FNR⁵²⁷ la loi du 17 août 1948, ceci n'est pas en contradiction avec les arrêts du Conseil d'État constatant la caducité de ce texte⁵²⁸ : la loi Marie n'est ici qu'un référent, descriptif de l'état de la législation, qui permet de déterminer le champ d'application de l'article 37 alinéa 1, source du pouvoir réglementaire ; n'étant pas le fondement légal de la compétence réglementaire, le Conseil constitutionnel n'avait pas à juger de son éventuel survie à la Constitution de 1958⁵²⁹.

Autrement dit, non seulement le Gouvernement ne peut aller à l'encontre de la législation existante en la contredisant, mais encore ne doit-il pas l'outrepasser. C'est dire que son pouvoir est étroitement conditionné par le contenu de cette législation : il est *intra legem*.

Pour reprendre une distinction classique, on peut affirmer que ce qui est interdit au règlement, c'est de mettre en cause les principes tels qu'ils sont définis

525 Pour une énumération, cf. M. DE VILLIERS, article précité, p. 387, note 2.

526 Cf. conclusions Heumann sur Conseil d'État, 28 octobre 1960, précité, *AJDA* 1961, p. 20.

527 *Rec.* p. 50.

528 Sur ce point, cf. *infra*.

529 *Contra* : E. OLIVA, l'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, thèse, dactyl., Aix-Marseille III, 1992, p. 245.

par la législation préconstitutionnelle ; ce qui est concédé, c'est la mise en œuvre des restrictions déjà apportées aux principes fondamentaux ou la mise en œuvre de prérogatives antérieurement reconnues ⁵³⁰.

C'est ce qu'exprimait dès 1960 le commissaire du Gouvernement Fournier dans ses conclusions sur l'arrêt *Karle* ⁵³¹, en rapportant la décision 59-1 FNR. Celui-ci écrivait alors qu'une fois inféré le principe fondamental de l'ensemble des textes concernant une matière, « toutes les mesures qui se bornent à l'appliquer, qui, compte tenu des exceptions qui lui ont été apportées dans le passé, demeurent à l'intérieur du cadre qu'il trace, ... relèveraient du pouvoir réglementaire ».

Le caractère primaire de la loi n'est pas remis en question en cas d'utilisation du critère de l'état de la législation antérieure, puisque, par définition, c'est à elle qu'il est revenu de poser les lignes directrices auxquelles devra se conformer le pouvoir réglementaire. De ce point de vue, la technique de l'état de la législation antérieure perd de son originalité par rapport à la méthode actuelle de délimitation entre loi et règlement qui, on le verra, aboutit à une séparation de type vertical.

Le critère de l'état de la législation antérieure apparaît finalement comme un instrument ancien, lié à la mise en place de la nouvelle Constitution. Pourtant, sans renoncer à aucun moment à la soumission du règlement à la loi, il peut s'analyser comme précurseur du cantonnement par l'importance, point central de la répartition loi/règlement.

B. - Le critère « mise en cause / mise en œuvre »

PS 12
L'application concrète de la séparation entre la loi et le règlement suppose la fixation d'un critère suffisamment général pour pouvoir être utilisé dans l'ensemble des différentes hypothèses. En effet, la prévision d'une liste de matières réservées à la loi s'analyse nécessairement, comme toute entreprise de schématisation, en une abstraction par rapport à la réalisation normative ; la multiplicité et la diversité des secteurs à réglementer, la précision et la technicité des normes, font que l'opération de rattachement ou de détachement d'un texte juridique par rapport aux différentes réserves de loi nécessite souvent l'interprétation. Il faut donc que les organes juridictionnels chargés d'opérer les délimitations disposent d'une règle d'interprétation.

Précisément, compte tenu du fait que ce sont les matières législatives qui sont énumérées, la tâche du juge délimitateur consiste à se demander si la réglementation qui lui est déférée est ou non rattachable à une réserve de loi. Nécessairement, la place de la réserve réglementaire est définie par rapport à la réserve de loi. Le critère de délimitation retenu sert donc de charnière entre les deux réserves, et de lui dépendra leur position respective, notamment le fait de savoir si la délimitation entre elles deux revêt une dimension verticale ou horizontale.

Le Conseil constitutionnel a arrêté sa position dès les premières décisions rendues au titre des articles 37 alinéa 2 et 41. Ainsi, dans la décision 59-1 L, du 27 novembre 1959 ⁵³², le juge du Palais Royal était saisi d'une demande tendant

⁵³⁰ Sur ce dernier point, voir les conclusions Braibant sur Conseil d'État, 27 novembre 1964, *Caisse centrale de secours mutuels agricole*, publiées in *Droit Social* 1965, p. 329, spécialement p. 335.

⁵³¹ *Rec.* p. 333.

⁵³² *RJC* II-1 ; *GDCC* n° 5.

à voir délégaliser le 3^e alinéa de l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs en région parisienne. Constatant que l'article 34 réserve à la loi la fixation des règles concernant la création de catégorie d'établissement public et que la RATP constitue à elle seule une catégorie particulière d'établissement public, le Conseil considère qu'au nombre des règles relevant du législateur, figure prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du Conseil d'administration. Mais l'existence d'une réserve de loi n'est pas exclusive de l'intervention réglementaire. En effet, s'agissant plus particulièrement de la détermination du nombre total de membres du conseil d'administration et, en son sein, du nombre des représentants des collectivités locales, le juge constitutionnel décide que ces deux éléments relèvent quant à eux de la compétence réglementaire, parce qu'ils ne sont pas déterminant des règles constitutives de l'établissement public.

Cette décision ouvre ainsi la voie à la technique du cantonnement par l'importance. Les ensembles normatifs susceptibles d'avoir un impact sur la définition de règles ou de principes d'une matière réservée, c'est-à-dire la réglementation fondamentale du secteur faisant l'objet d'une réserve de loi, ressortissent à la compétence législative, tandis que les éléments secondaires qui ne font que développer et compléter des prescriptions législatives, sont inclus dans le champ de l'article 37 alinéa 2.

~~Le Conseil devait utiliser exactement le même type de raisonnement dans la décision 59-1 FNR, rendue le même jour ⁵³³, déterminant de la sorte l'unicité des techniques délimitatrices à travers les différents types de contentieux.~~

Saisi par le président du Sénat de l'appréciation de la validité de l'irrecevabilité opposée à une proposition de loi visant à la stabilisation du montant des fermages, le Conseil constitutionnel affirme tout d'abord que le quatrième alinéa de l'article 34 réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux concernant les matières énumérées par ce texte. Il précise ensuite que toutefois, « 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 ; qu'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 ». On retrouve à cet endroit la solution du cantonnement par l'importance. Sans utiliser le vocable « d'élément déterminant », le Conseil attribue au pouvoir réglementaire, sur le fondement de l'article 37 alinéa 1, l'édiction des actes complétant la régulation législative dans la perspective de sa mise en application. Comme le souligne le doyen Favoreu, « les dispositions qui mettent en cause les règles sont du domaine de la loi et celles qui mettent en œuvre, du domaine du règlement » et il existe une pleine « similitude entre le critère de l'élément déterminant et celui de la mise en cause/mise en œuvre » ⁵³⁴. Cette jurisprudence établit que les relations entre la loi et le règlement, telles que les dessine la Constitution, sont des relations de collaboration internormative, dans le sens où le règlement ne fait que compléter la régulation législative, sans innover.

Par la suite, le Conseil constitutionnel, hormis les quelques hypothèses où il est fait appel à la théorie de l'état de la législation antérieure, devait constamment confirmer le recours à la dialectique entre la mise en cause et la mise en œuvre pour opérer la délimitation entre la loi et le règlement. Tel est

⁵³³ *Rec.* p. 71 ; *GDCC* n° 6.

⁵³⁴ *GDCC*, n° 5, paragraphe 18.

notamment le cas lors de l'utilisation des procédures spécifiques à cette répartition que constituent les articles 41 et 37. Une analyse précise de l'ensemble des décisions rendues au titre de ces deux articles confirmerait le recours systématique à ce critère de séparation. En ce qui nous concerne, il ne paraît pas utile de se lancer dans un tel examen. En effet, des études déjà effectuées ou à venir démontrent la permanence de l'utilisation du couple mise en œuvre/mise en cause depuis 1959.

S'agissant de la procédure d'irrecevabilité de l'article 41, E. Oliva a pu écrire que « dans la plupart des cas, la détermination du caractère législatif ou réglementaire des dispositions litigieuses s'effectue en vertu du couple mise en cause/mise en œuvre »⁵³⁵. Plus précisément, cet auteur a calculé que sur les 70 décisions prises, tant par les présidents de Chambre que par le Conseil constitutionnel (saisi seulement en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'Assemblée devant laquelle se pose la question de l'irrecevabilité au titre de cette procédure, et concernant directement le partage des compétences entre le Législatif et l'Exécutif, 45 (soit 63,5 %) l'avait été par l'utilisation du binôme mise en œuvre/mise en cause, le solde étant composé d'appels à la législation antérieure et de références à l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances⁵³⁶. Cette étude fait ressortir que les présidents des deux assemblées utilisent la même méthode de délimitation que le Conseil constitutionnel, en privilégiant la technique du cantonnement par l'importance.

De façon identique, s'agissant de la procédure de délégalisation de l'article 37-2, le Conseil constitutionnel a réaffirmé constamment la jurisprudence issue de la décision 59-1 L. C'est ce que démontre, chiffres à l'appui, la thèse de G. Saccone consacrée à l'article 37 alinéa 2. Pour notre part, nous nous contenterons de renvoyer aux dernières chroniques relatives à la jurisprudence constitutionnelle⁵³⁷, ou aux dernières décisions rendues sur le fondement de cette disposition⁵³⁸. Là encore, c'est la distinction entre la mise en cause et la mise en œuvre qui est révélatrice de la répartition normative.

Et logiquement, la même solution est retenue lorsque le Conseil doit examiner si le législateur a exercé pleinement sa compétence. En ce cas, la délimitation entre loi et règlement sert à s'assurer que le renvoi législatif ne s'analyse pas en une habilitation, c'est-à-dire qu'il réitère simplement l'espace ouvert au règlement par la Constitution. Autrement dit, le Conseil constitutionnel vérifie, dans le cadre de l'article 61, alinéa 2, que le législateur a seulement laissé au pouvoir réglementaire la mise en œuvre des dispositions qu'il

535 L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, thèse, droit, Aix-en-Provence, dactyl., 1992, p. 223.

536 Ibid.

537 Cf. L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel (1986-1989) », *RDJ* 1989, p. 442. Cet auteur parle notamment de « démarche habituelle consistant à examiner, cas par cas, si la disposition examinée "met en cause ou met en œuvre" les règles ou principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi » Ibid., p. 444. Voir aussi, D. ROUSSEAU, « chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *RDJ* 1993, p. 39 et s.

538 À titre d'exemple, sélectionné de façon aléatoire, voir : décision 91-165 L du 12 mars 1991 (*RJC* II-135) où il est dit que si l'article 34 « réserve au législateur le soin de fixer "les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État", il appartient au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre ces règles » (1^{er} considérant) ; décision 91-167 L du 19 décembre 1991 (*RJC* II-137) : « il appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre des principes posés par la loi » (2^e considérant). En sens inverse, le Conseil vérifie que les dispositions déferées ne mettent en cause aucun des principes fondamentaux ou aucune des règles que l'article 34 réserve à la loi (Par exemple, décision 93-174 L du 6 avril 1993, *RJC* II-142).

édicte. Cette méthode ressort parfois explicitement de la motivation des décisions ayant à traiter le moyen fondé sur l'incompétence négative du législateur. Là encore, sans volonté d'être exhaustif, il est possible de citer quelques exemples significatifs. Dans la décision 260 DC du 1^{er} août 1989⁵³⁹, le juge constitutionnel considère que « s'il appartient au législateur de déterminer les principes fondamentaux applicables aux procédures d'offre publique d'achat ou d'échange, en revanche, la fixation des modalités de mise en œuvre de ces principes relève de la compétence réglementaire »⁵⁴⁰ ; plus généralement, il décide dans le même sens que « ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire la détermination des modalités de mise en œuvre des principes fondamentaux posés par le législateur »⁵⁴¹. Dernièrement, la Cour constitutionnelle française précise que s'il appartient au législateur, en vertu de l'article 34, de déterminer les cas dans lesquels la propagande ou la publicité en faveur des boissons alcooliques peut être autorisée, « il revient cependant au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre, s'il y a lieu, les dispositions de la loi »⁵⁴².

Ainsi, quel que soit le type de contentieux, le Conseil utilise une seule méthode pour opérer la répartition des compétences normatives. C'est ce qu'avait déjà constaté le doyen Favoreu, qui énonce ce que « le partage d'attributions entre le législateur et le pouvoir réglementaire s'effectue non pas en considération de la matière et donc en "surface", mais eu égard à l'importance de la question traitée, et donc "en profondeur", en utilisant le couple "mise en cause-mise en œuvre" »⁵⁴³. Les auteurs du *Jurisclasser Administratif* rejoignent cet avis, en énonçant que, tant pour la fixation des règles que pour la détermination des principes, « la loi fixe les règles les plus importantes (c'est "la mise en cause") et le règlement fixe les modalités d'application (c'est "la mise en œuvre") »⁵⁴⁴.

Resterait à déterminer le contenu de la distinction : quels sont les éléments relevant de la simple mise en œuvre et ceux impliquant au contraire la mise en cause de règles ou de principes législatifs ? On retrouve à cet endroit les incertitudes de la doctrine étrangère quant aux limites de la réserve de loi. En réalité, la ligne de partage dépend de la proximité de la régulation déferée ou envisagée par rapport à une ou plusieurs réserves de loi. C'est ce qui explique qu'il faille « rechercher, cas par cas, les dispositions qui "par l'importance de leurs incidences, ont un caractère déterminant à l'égard de la règle ou du principe intéressé", et celles qui ne présentent pas ce caractère déterminant »⁵⁴⁵. Plus le cas d'espèce se rattache à une des matières génériquement définies par les articles 34 et autres, plus largement sera entendue la notion de mise en cause d'autant. Au contraire, si la régulation en question affecte moins directement une réserve de loi quelconque, alors la place du pouvoir réglementaire sera plus importante.

Le « dosage » entre la tâche respective de l'Exécutif et du législateur pour la définition de normes sur un secteur déterminé dépend de la plus ou moins

539 *RJC* I-365.

540 28^e considérant.

541 Décision 89-269 DC du 22 janvier 1990, *RJC* I-392, 20^e considérant.

542 Décision 90-283 DC du 8 janvier 1991, *RJC* I-417. Dans le même sens, décision 94-346 DC du 21 juillet 1994 (*RJC* I-598), 15^e considérant.

543 In « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1989, p. 878.

544 Fascicule 106, « Acte administratif », n° 410.

545 M. DE VILLIERS, *op. cit.*, p. 388.

grande densité législative de ce secteur ⁵⁴⁶. Et cette densité dépend elle-même de la proximité du secteur situé dans l'emprise de la régulation par rapport aux réserves de loi. Ainsi, la fréquence des hypothèses où une réglementation met en cause un principe ou une règle ressortissant au législateur est fonction de l'ampleur et du nombre de réserves de loi, ce que nous envisagerons tout à l'heure.

D'autre part, la classification d'éléments normatifs entre ce qui relève de la mise en cause et de la mise en œuvre est aussi le produit d'un rapport entre l'importance de la régulation législative relativement à l'importance de la place concédée au pouvoir réglementaire. Il s'agit là d'une appréciation concrète, opérée par le juge en charge de la délimitation, qui vérifie de la sorte si ce rapport correspond à la « densité idéale » du secteur normatif, déterminée de façon abstraite par rapprochement avec une matière réservée à la loi. Dans cette deuxième phase, un facteur de proportionnalité est établi entre ce que la loi régit et ce qu'elle renvoie au règlement ; ce renvoi est par la suite confronté à la répartition constitutionnelle, telle qu'elle est interprétée par l'organe juridictionnel, à partir des matières réservées à la loi ⁵⁴⁷.

De plus, la mise en œuvre de la législation ne doit pas aboutir à dénaturer, par ce biais, les principes ou les règles posées par le Parlement. C'est-à-dire que l'Exécutif ne peut, sous couvert de prévoir les éléments d'application d'actes législatifs, altérer la teneur de leurs dispositions. Le Conseil constitutionnel a réitéré à plusieurs reprises l'interdiction pour l'autorité réglementaire d'édicter des normes qui, sans contredire directement les prescriptions législatives, en modifieraient l'économie générale ⁵⁴⁸.

Sous la seule réserve de la dénaturation, le Conseil constitutionnel s'accorde à considérer que la compétence réglementaire réservée s'épuise dans la définition de normes d'application de la loi. En effet, les deux critères utilisés pour la délimitation des compétences, qu'il s'agisse de l'état de la législation antérieure ou de l'opposition entre mise en cause et mise en œuvre aboutissent à un même résultat : c'est la loi qui est la norme primaire.

Mais, quel que soit le critère de délimitation, celui-ci n'est effectif qu'à partir du moment où il est effectivement respecté par le législateur. Ceci, amène à s'interroger sur la défense de la réserve réglementaire face à d'éventuelles intrusions parlementaires.

§ 2 - LA PRÉCARITÉ DE LA RÉSERVE RÉGLEMENTAIRE

Toute norme juridique n'existe en tant que telle que parce qu'il est possible de lui rattacher une sanction applicable dans les cas où elle est transgressée par un

⁵⁴⁶ Comme l'avait démontré le doyen FAVOREU, in « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 882.

⁵⁴⁷ C'est cette approche concrète des problèmes de frontière relatifs à la réserve de loi qui explique que les controverses doctrinales à ce propos n'aient pas atteint, en France, l'ampleur des discussions sur l'antagonisme entre réserve relative et absolue, qu'ont connu certains pays étrangers. Cf. *supra*.

⁵⁴⁸ Cf. récemment, décision 150 L du 17 mars 1987, *RJC* II-124, l'indication du caractère d'un établissement public ne figure pas au nombre des règles constitutives relevant du législateur et peut ainsi être définie par voie réglementaire « sauf à ne pas dénaturer des règles constitutives de l'établissement telles qu'elles sont définies par la loi ». Voir aussi, décision 152 L du 24 novembre 1987, *RJC* II-125, et décision 90-283 DC du 8 janvier 1991, 35^e considérant, précitée : « il revient cependant au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre, s'il y a lieu, les dispositions de la loi à la condition de ne pas en altérer la portée ».

quelconque de ceux qui y sont assujettis. Il s'agit là de déterminer les procédures utilisables dans l'hypothèse où la loi, outrepassant sa compétence, intervient sur l'espace constitutionnel du règlement. L'hypothèse envisageable est donc celle où le législateur méconnaît sa compétence par excès, commettant ce qu'il est permis de qualifier, par analogie avec le contentieux administratif, d'incompétence positive.

Certes, le Gouvernement dispose de procédures lui permettant soit d'éviter à la source que de tels cas de figure se produisent (et l'on songe d'abord à la faculté d'invoquer, avant le vote définitif de la loi, l'article 41 de la Constitution), soit de « récupérer » ses pleines facultés normatives, en demandant au titre de l'article 37 alinéa 2, la délégalisation des préceptes incriminés. Mais le véritable enjeu était de savoir si l'article 61 alinéa 2 pouvait être utilisé pour contrer une éventuelle intrusion au sein de la réserve réglementaire.

La décision 143 DC, du 30 juillet 1982 ⁵⁴⁹, a permis au Conseil constitutionnel de statuer explicitement sur ce point. Saisi du texte de la loi sur les prix et les revenus, le Conseil devait se prononcer sur la possibilité pour le législateur d'instaurer des peines contraventionnelles dépourvues d'emprisonnement. En effet, ce type de contravention ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire, l'article 34 ne l'ayant pas inclus dans son énumération ⁵⁵⁰. Les requérants entendaient faire censurer « l'évasion » du législateur de son domaine et son empiètement corrélatif sur l'espace réglementaire.

Le Conseil déclare le moyen inopérant et refuse de l'examiner au fond, pour les motifs suivants : « si les articles 34 et 37 alinéa 1, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celle des articles 37, alinéa 2 et 41, ... l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu'il apparait ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2 et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi » ⁵⁵¹, corrigeant ainsi sa jurisprudence antérieure à 1982, dont il pouvait être inféré que la juridiction constitutionnelle admettait d'examiner le moyen ⁵⁵².

Le Conseil constitutionnel établit de la sorte une nette différenciation dans la protection qu'il accorde à chacune des deux réserves.

Ultérieurement, le Conseil devait réitérer cette jurisprudence dans deux décisions ⁵⁵³. Alors que l'article 61 alinéa 2 est le principal moyen de sauvegarde de la réserve de loi, par la censure de toute incompétence négative, il ne permet pas de faire censurer un débordement de compétence du législateur. Il en résulte qu'il peut très bien exister des actes législatifs contenant des dispositions de nature réglementaire. Autrement dit, pour reprendre le langage du droit comparé, l'existence d'une réserve réglementaire ne supprime pas la

⁵⁴⁹ *RJC* I-130 ; *GDCC*, n° 33.

⁵⁵⁰ Cf. décision 73-80 L, du 28 novembre 1973, *RJC* II-57.

⁵⁵¹ 11^e considérant.

⁵⁵² Cf. *GDCC*, n° 33, paragraphe 5.

⁵⁵³ Décision 162 DC, des 19 et 20 juillet 1983, *RJC* I-157, 97^e considérant ; décision 167 DC du 19 janvier 1984, *RJC* I-177, 37^e considérant.

possibilité pour la loi de créer une réserve formelle, c'est-à-dire une réserve résultant de la seule intervention du législateur dans une matière déterminée et non de son classement par la Constitution dans le domaine imparti au législateur. Toutefois, comme l'a montré G. Saccone, la possibilité pour le législateur de créer des réserves formelles de loi ne peut s'exercer qu'implicitement, par la définition de normes de fond en lieu et place du règlement, appelé par la répartition constitutionnelle des compétences⁵⁵⁴. En effet, en ce cas, le législateur se substitue simplement à l'Exécutif. Même après la décision 143 DC, le législateur ne peut édicter des règles de compétence ayant pour objet de prévoir la compétence parlementaire, ce qui viserait à modifier de façon permanente les contours des domaines législatifs et réglementaires tels que ces domaines sont définis par les articles 34 et 37 alinéa 1 de la Constitution, et se traduiraient donc cette fois par un empiètement du législateur sur le domaine constitutionnel⁵⁵⁵. L'article 61 alinéa 2 de la Constitution n'est pas susceptible de s'opposer à l'élévation du rang normatif, consécutif à l'appréhension par le législateur de dispositions réglementaires. Désormais, celles-ci ne pourront plus être modifiées que par une loi, sauf le recours à la procédure de délégalisation prévue par la Constitution. Seul le Gouvernement est en mesure de s'opposer à la légifération progressive de l'ordonnancement juridique, en disposant des procédures spécialisées qui lui sont octroyées.

En réalité, le Conseil constitutionnel admet que le Gouvernement puisse renoncer à disposer d'une partie de ses facultés normatives au profit du législateur, comme l'avaient envisagé certains concepteurs de la Constitution et une partie de la doctrine⁵⁵⁶. À l'instar de l'article 38 pour la réserve de loi, il existe une possibilité pour l'Exécutif de se départir du champ que lui offre la Constitution. Mais, ce rapprochement entre les deux réserves est trompeur, puisque dans le cas de la réserve réglementaire, le dessaisissement par l'Exécutif de sa compétence ne nécessite aucune procédure particulière, contrairement à la procédure formalisée de l'article 38. Il résulte simplement de l'abstention gouvernementale d'user des articles 41 et 37 alinéa 2. Cette absence de formalisme s'explique par la considération selon laquelle la réserve réglementaire n'impose aucune obligation pour le Gouvernement d'exercer pleinement sa compétence. C'est dire que la réserve réglementaire s'analyse en une simple faculté à laquelle son bénéficiaire peut renoncer. La différence de nature est donc flagrante avec la réserve de loi qui véhicule une interdiction pour le législateur de subdéléguer sa compétence, consubstantiellement à la définition des matières réservées.

Pour le Conseil constitutionnel, la possibilité discrétionnaire de l'Exécutif de céder une partie de son espace normatif transparaît à travers le caractère facultatif de l'usage des procédures spécifiques destinées à empêcher ou à rectifier l'intrusion législative sur son domaine propre. La Constitution n'a pas imposé au bénéficiaire de la réserve réglementaire, l'utilisation systématique des procédés de cantonnement de la loi⁵⁵⁷. Celui-ci peut donc librement y avoir recours, sans

554 « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », *AJCC*, Vol. 1, 1985, Economica-PUAM, p. 169 et s.

555 G. SACCONI, *ibid.* Cette distinction permet d'expliquer l'examen au fond du moyen reposant sur « l'appropriation » législative d'une matière réglementaire dans l'affaire de la planification. Décision 142 DC, du 27 juillet 1982, *RJC* 1-128, le législateur ayant « prévu que les plans feraient l'objet de lois ».

556 Cf. *GDCC*, n° 33, paragraphe 6.

557 Et pour ce faire, encore eut-il fallu qu'elle prévoit un contrôle juridictionnel sur l'usage ou le refus d'user des articles 41 et 37 alinéa 2. Dans la décision 86-224 DC, du 23 janvier 1987 (*RJC* 1-303 ; *GDCC* n° 42), les requérants prétendaient que le Gouvernement aurait dû utiliser

que ces choix ne soient guidés par d'autres éléments que d'opportunité ; il peut surtout laisser volontairement le législateur outrepasser sa compétence, lui concédant alors une habilitation implicite et précaire⁵⁵⁸. Cette liberté d'utilisation de l'article 41 a particulièrement été mise en relief dans la décision 95-366 DC du 8 novembre 1995⁵⁵⁹, dans laquelle le Conseil censure la modification du règlement de l'Assemblée nationale permettant à tout député de demander au Gouvernement d'opposer l'article 41 au motif que « la faculté d'opposer l'irrecevabilité qu'il prévoit doit résulter de la seule initiative du Gouvernement prise sans que celui-ci ait à exposer au cours d'un débat préalable les raisons de nature à déterminer son appréciation ».

Dans ces conditions, l'utilisation de l'article 61 alinéa 2 pour combattre l'excès législatif ne pourrait apparaître que comme un détournement de procédure : s'il s'agissait d'une saisine parlementaire, on voit mal l'intérêt des membres du Parlement de contester, au seul bénéfice de l'Exécutif, un accroissement de compétence qui leur est favorable⁵⁶⁰. S'il s'agit d'une saisine par l'Exécutif, il est facile de rétorquer (comme le fait d'ailleurs le Conseil constitutionnel dans la motivation de sa décision) qu'il pouvait faire usage de l'article 41, évitant ainsi que la question se pose. De plus, si la juridiction avait admis que la violation des articles 34 et 37 puisse constituer un moyen contentieux, celui-ci aurait sans doute, en tant qu'affectant la compétence de l'auteur de l'acte, dû être considéré comme un moyen d'ordre public, soulevable d'office⁵⁶¹. Dans ces cas précis, le Conseil aurait inmanquablement altéré le caractère facultatif de l'exercice de la compétence réglementaire, pourtant voulu par la Constitution, en censurant finalement, sur le fondement de l'article 61 alinéa 2, l'abstention du Gouvernement, coupable de ne pas avoir opposé au cours des débats l'irrecevabilité de l'article 41. Plus généralement, l'admission du moyen fondé sur l'incompétence positive du législateur, combinée avec son inclusion au sein de la catégorie des moyens d'ordre public aurait posé le problème de l'applicabilité de l'article 37 alinéa 2 à une loi déjà examinée au titre du contrôle préventif de constitutionnalité, et ce, compte tenu de l'autorité de chose jugée.

C'est le caractère facultatif de la compétence octroyée qui justifie que le Conseil constitutionnel énonce, dans la décision 143 DC, que « la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi ». N'ayant prévu aucune intervention obligatoire de l'Exécutif dans son domaine, la Constitution ne peut être interprétée comme prohibant le transfert implicite de la régulation d'un secteur au législateur. L'inexistence d'une telle norme implique l'impossibilité de censurer le

l'article 41. Le Conseil considère que l'Exécutif « n'a opposé aucune irrecevabilité comme il aurait eu la faculté de le faire » ; qu'ainsi la procédure suivie n'a comporté aucune méconnaissance de la Constitution » (14^e considérant). Il confirme l'absence d'obligation d'utiliser la procédure de l'article 41 et donc l'impossibilité de contrôler la simple opportunité de recours à cette disposition dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution.

558 Puisque révoquable à tout moment par l'utilisation de l'article 37 alinéa 2.

559 *RJC* 1-639.

560 Plus spécifiquement, dans la logique du contentieux constitutionnel, le contrôle du respect de la répartition entre 34 et 37, n'est d'aucune pertinence pour la défense des droits de la minorité parlementaire. En effet, on a vu que la loi, norme démocratique, délibérée publiquement de façon contradictoire, offrait à celle-ci des garanties bien supérieures à l'acte réglementaire ; tout élargissement de la compétence législative ne saurait alors être défavorable, en tant que tel, aux droits de la minorité.

561 Comme peut l'être le moyen fondé sur la sous-estimation de sa compétence par le législateur. Cf. *supra*.

législateur dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Cette distinction entre le contrôle de constitutionnalité et la question de la répartition des compétences entre la loi et le règlement avait déjà été amorcée par la décision 10 FNR du 26 avril 1979⁵⁶². Le Conseil y affirmait ainsi que, saisi sur le fondement de l'article 41 de la Constitution, il « ne peut statuer que sur la seule question de savoir si la dite proposition, ou le dit amendement, est du domaine de la loi ou a un caractère réglementaire ; qu'il ne saurait donc à aucun titre se prononcer sur la conformité de ces textes à la Constitution, conformité qui ne pourrait faire l'objet de son appréciation que s'il en était saisi dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution ». Cette procédure, comme celle de l'article 37 alinéa 2 n'est qu'un procédé de détermination et de délimitation des domaines de la loi et du règlement, et se distingue du contrôle de constitutionnalité proprement dit. Comme l'exprime le professeur Pactet, le problème posé à l'occasion de leur utilisation concerne seulement la qualification de l'acte, et non sa validité⁵⁶³.

À l'instar de la conception originelle de la réserve de loi, la réserve réglementaire institue une compétence au bénéfice de l'Exécutif, qui ne se caractérise pas comme un mandat impératif. En effet, celui-ci peut renoncer à l'exercice effectif de sa compétence, en se dessaisissant en faveur du Parlement, considérant que les raisons justifiant de l'interdiction pour le législateur de déléguer ses capacités normatives ne sont pas transposables : celles-ci correspondent, comme il a été vu, à la nécessité de protéger les droits de la minorité en la participation au processus normatif ; la réserve réglementaire a pour seul objectif, la préservation de relations équilibrées de collaboration entre la loi et le règlement, en évitant les écueils de la « microlégislation »⁵⁶⁴. Il s'agit seulement d'une règle de police, visant à maintenir chaque organe normatif dans la fonction que lui impartit la Constitution, le législateur se devant de définir les grands choix, tandis que l'Exécutif devra les mettre en œuvre. Et c'est sur le Gouvernement que repose la tâche de veiller au respect de cet équilibre en sanctionnant, à l'aide des articles 41 et 37 alinéa 2, toute tendance exagérée de la loi à réglementer ce qui relève plus du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire à trop descendre dans les détails de la régulation. Ce rôle suppose une appréciation concrète et surtout globale, de la situation des relations entre loi et règlement. Aussi est-il tout à fait tolérable que l'Exécutif s'abstienne ponctuellement de revendiquer son espace normatif. Ceci explique que l'usage des procédures de cantonnement soit facultatif, dans la logique de la possibilité constitutionnelle de pénétration législative de ce domaine. Au contraire, dans la perspective de la justification de la réserve de loi, la moindre méconnaissance par défaut, de la compétence législative induit une violation des droits de la minorité politique. Il est donc nécessaire que la compétence législative soit, elle, impérative.

La distinction des enjeux à protéger entraîne la divisibilité des obligations liées à chacune des réserves⁵⁶⁵ : la réserve de loi produit une obligation envers

son destinataire en lui imposant la charge effective de sa compétence, tandis que la réserve réglementaire constate seulement un droit au profit de l'Exécutif, ce dernier étant libre de l'exercer.

Au total, on peut constater combien est relativisée la principale innovation de la Constitution de 1958. Celle-ci consiste précisément à introduire un critère de compétence, en sus du critère hiérarchique, en vue de régir les relations entre la loi et le règlement : dans les secteurs réservés à la norme gouvernementale, le critère hiérarchique était censé s'effacer pour laisser place au critère de compétence. En réalité, il apparaît que ce dernier est subsidiaire, le critère hiérarchique ayant vocation à s'appliquer valablement à l'ensemble de l'ordonnement juridique. En d'autres termes, la loi peut empiéter sur l'espace réglementaire, en pleine validité constitutionnelle, et s'impose alors à la réglementation de l'Exécutif, comme conséquence de la subordination hiérarchique dans laquelle elle tient le règlement. Ce n'est qu'à partir du moment où le Gouvernement décide de mettre en œuvre la faculté que lui offre la Constitution de défendre ou de recouvrer son domaine que le critère hiérarchique marque le pas devant le critère de compétence. Et alors permet-il la « découverte » d'un pouvoir réglementaire centé sur l'exécution des lois. RG

Section II

LE CONTENU DE LA RÉSERVE RÉGLEMENTAIRE

Initialement, pour les premiers commentateurs de la Constitution de 1958, le pouvoir réglementaire dispose, dans son domaine, d'une marge de décision identique à celle dont jouit le législateur sur son espace. La novation apportée par ce texte résiderait dans l'attribution d'un pouvoir initial et inconditionné à l'Exécutif. Celui-ci se serait vu reconnaître une capacité discrétionnaire égale à celle du législateur. Désormais, le règlement pourrait se dispenser de la présence préalable d'une loi, puisque disposant d'un domaine propre, si bien qu'il ne serait plus cantonné à l'exécution des dispositions législatives. Selon la terminologie kelsenienne, la part de créativité de la norme réglementaire deviendrait prépondérante par rapport à la part d'application. L'Exécutif disposerait d'un vaste pouvoir normatif *praeter legem*.

La réalité du droit positif a démenti ces premières impressions. Il en ressort effectivement que l'espace que la Constitution réserve au pouvoir réglementaire est largement *secundum legem*. On peut ainsi affirmer que le domaine constitutionnel du règlement réside dans l'exécution plus ou moins directe de la loi. C'est ce qu'il est déjà possible de déduire des observations précédentes, relatives aux critères de définition de l'emprise respective de la loi et du règlement : le règlement apparaît bien comme une norme secondaire, le cantonnement par l'importance attribuant au législateur la définition des grands choix politiques.

On peut mesurer l'écart existant avec la conception originelle du pouvoir réglementaire sous la V^e République : l'acte normatif de l'Exécutif reste subordonné à la loi et est conditionné par les prévisions législatives qu'il peut seulement mettre en œuvre. Néanmoins, il existe un secteur dans lequel l'Exécutif dispose d'une entière liberté, la loi n'ayant aucune compétence régulatrice. Il s'agit de l'organisation administrative, et plus précisément de la

⁵⁶² Rec. p. 55.

⁵⁶³ « La loi, permanence et changement », contribution aux *Mélanges Chapus*, Monchrestien, Paris, 1992, p. 507.

⁵⁶⁴ Ce qu'ont d'ailleurs très bien compris certains parlementaires réclamant de leurs vœux une application plus systématique des procédures de cantonnement du législateur. Cf. *infra*.

⁵⁶⁵ On pourrait d'ailleurs se demander s'il est judicieux de conserver l'appellation de « réserve réglementaire » pour désigner la compétence destinée à titre premier, mais non uniquement au règlement : cette « réserve » n'emportant pas d'effets équivalents à ceux de la réserve de loi sur le plan de l'imposition de la compétence qu'elle établit. Mais, on peut rappeler que Otto Mayer, lui-même, n'avait pas envisagé que l'institution qu'il décrivait puisse s'imposer au législateur.

répartition des compétences entre autorités administratives. Ce n'est donc pas la moindre des surprises de la Constitution de la V^e République que de constitutionnaliser un pouvoir réglementaire *ad intra*, dont le Conseil d'État avait déjà admis l'existence sous les constitutions antérieures.

§ 1 - LA DÉTERMINATION D'UNE COMPÉTENCE D'EXÉCUTION RÉSERVÉE

L'erreur de conceptualisation des premiers commentateurs de la nouvelle Constitution réside toute entière dans l'idée que le domaine de la loi, en tant que compétence d'attribution, était des plus réduits. Au contraire, le domaine législatif prévu par la Constitution est très vaste, tant et si bien que le reliquat réglementaire est des plus limités.

A. - La loi en tant que norme primaire

En réalité, plusieurs éléments ont joué en synergie pour établir la mesure de l'ampleur du domaine législatif. En premier lieu, la jurisprudence a établi que l'article 34 n'était pas la seule source des matières réservées à la loi. D'autres dispositions de la Constitution établissent des réserves de loi. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel s'est fondé sur les articles 72 et 73 de la Constitution pour consacrer une compétence législative⁵⁶⁶ qu'il n'est pas possible pour le Parlement de déléguer⁵⁶⁷.

Dans un sens identique, le Conseil constitutionnel a eu recours au Préambule de la Constitution de 1946 pour définir la compétence irréductible du législateur en matière de droit de grève⁵⁶⁸ et à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 pour consacrer le principe de légalité des délits et des peines impliquant lui-même « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁵⁶⁹. C'est l'ensemble du « bloc de constitutionnalité » qui peut être mis à contribution pour déterminer le champ d'action irrécusable de la loi.

De la même façon, les lois organiques peuvent être sources de compétences législatives⁵⁷⁰. Les auteurs des *Grandes décisions* se demandent toutefois si la solution est valable pour l'ensemble des lois organiques ou seulement pour celles auxquelles renvoie l'article 34, c'est-à-dire particulièrement la loi organique relative aux lois de finances, en constatant d'ailleurs que jusqu'à présent, seule l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances a servi de référence pour déterminer le domaine législatif. Même s'il est vrai que l'ordonnance de 1959 paraît avoir un statut spécial au sein de l'ensemble des autres lois organiques⁵⁷¹, il n'en demeure pas moins qu'à notre avis, une disposition contenue dans une loi organique prise sur le fondement d'un autre article que l'article 34, et établissant une compétence parlementaire en sus de la

compétence établie par la Constitution, serait toujours rattachable, matériellement, au dernier alinéa de l'article 34 (précisant que « les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique »). Il serait en effet possible de considérer que l'auteur de la loi organique tire sa compétence, sur ce point précis, de cette disposition constitutionnelle, et non de l'article servant de fondement au restant des prévisions de la loi organique en question.

Le doyen Favoreu a montré, à partir des travaux préparatoires de la Constitution, la légitimité du recours à d'autres articles constitutionnels pour définir le domaine imparti à la loi : la formule initiale de ce qui devait devenir l'article 37 alinéa 2 prévoyait que les matières autres que celles visées au futur article 34 ont un caractère réglementaire ; par suite, il devait se borner à prévoir que les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire⁵⁷². En retenant cette dernière rédaction, le Constituant postule que le domaine de la loi ne se réduise pas à l'énumération de l'article 34. Ce point est désormais généralement admis et il n'est pas nécessaire de s'y attarder plus. Néanmoins, on s'accordera pour admettre que l'accroissement du nombre de réserves de loi multiplie les probabilités qu'une réglementation donnée concerne, à un moment ou à un autre une réserve de loi.

D'un autre point de vue, cette probabilité est augmentée par le fait que les matières énumérées à l'article 34 sont suffisamment importantes pour englober de nombreux secteurs normatifs. L'énumération à laquelle procède cet article contient en germe de grandes facultés d'appréhension de la réalité normative. En d'autres termes, non content de n'être pas aussi limité que ce que pouvaient laisser penser les premiers commentateurs de la Constitution, le domaine de la loi contient des capacités d'extension considérable : que l'on songe par exemple à l'alinéa prévoyant une réserve de loi pour la détermination des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, et c'est ainsi la loi qui est compétente pour réglementer l'ensemble des droits fondamentaux⁵⁷³, sous réserve de respecter leur contenu essentiel. Les différents alinéas de l'article 34 attribuent au Parlement la connaissance de l'ensemble des matières cruciales de la vie de la Nation. On retrouve par cette constatation la légitimité du recours au critère du « cantonnement par l'importance », utilisé pour délimiter le domaine législatif : la loi doit régir, en vertu de l'article 34, toutes les questions ayant une importance déterminante. La loi monopolisant les questions importantes, il n'est pas étonnant que le règlement ne possède plus que la « mise en œuvre ».

Outre la simple analyse des différentes rubriques de l'article 34 et de la jurisprudence constitutionnelle y afférente, la conviction que le Constituant de 1958 a effectivement réservé au législateur la décision relative à des matières dont l'importance est considérable est emportée par les travaux préparatoires de la Constitution. Pour J.-L. Pezant, ceux-ci témoignent « que bien plus qu'une limitation du Parlement, le système a été compris comme un moyen de défense de la loi », attribuant ce qui est important à la loi, et ce qui l'est moins au règlement⁵⁷⁴.

572 Cf. L. FAVOREU, « Rapport introductif au colloque d'Aix-en-Provence » sur *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du Colloque, 2^e éd., 1981, Economica, Paris, p. 29.

573 Cette réserve de loi est d'ailleurs tout à fait comparable, en importance, à celle de l'article 53.1 de la Constitution espagnole (cf. *supra*).

574 « Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », contribution aux *Mélanges offerts à G. Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, p. 457 et s. Cet auteur cite notamment

566 Voir notamment : Décisions 52 L du 27 février 1969, *RJC* II-34, et 62 L du 21 mai 1970, *RJC* II-41.

567 Cf. décision 168 DC, du 20 janvier 1984, *RJC* I-180.

568 Cf. par exemple, décision 105 DC du 25 juillet 1979 (*RJC* I-71 ; *GDCC* n° 29).

569 Décision 127 DC des 19 et 20 janvier 1981 (*RJC* I-91 ; *GDCC* n° 32).

570 Notamment, décision 19 L du 3 avril 1962 (*RJC* II-10) ; cf. *GDCC* n° 18, paragraphe 13.

571 Cf. J.-C. CAR, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse, Aix, dactyl. 1993, p. 666 et s.

Devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'État, le rapporteur du texte de ce qui devait devenir l'article 34, considérait « qu'il ne faut pas croire que l'article 31, pratiquement, ne laisse au Parlement qu'une petite partie du domaine législatif. Il lui laisse la plus large part et, surtout, toutes les questions importantes »⁵⁷⁵. Lors de la même séance, M. Jouany abonde dans le même sens⁵⁷⁶. Décrivant la situation des vingt dernières années précédant 1958, il constate que le législateur, « totalement surchargé de mesures à prendre », a dû opérer des choix. Malheureusement, certaines fois, ces choix se sont montrés fort malheureux, puisque le Parlement « traite de questions parfaitement secondaires qui pourraient être du domaine du règlement et laisse des questions essentielles ». Et cet auteur d'ajouter que même après l'entrée en vigueur de la délimitation proposée, « tellement de choses resteront encore dans le domaine du Parlement ». Toutes ces interventions témoignent de la volonté des constituants de délimiter efficacement la tâche du législateur, afin d'éviter les errements qui s'étaient traduits par le renoncement du Parlement à opérer les grands choix politiques et son immixtion dans la définition de mesures de détail. L'objectif recherché est bien de restituer à la loi son caractère de norme primaire et au règlement son caractère de norme secondaire. Dans ce but, la loi doit se voir offrir, par l'énumération des matières à laquelle elle doit se conformer, la régulation initiale, le règlement ne venant que la compléter et développer ses prescriptions. En conséquence de quoi, cette énumération doit regrouper des matières suffisamment importantes pour permettre que la régulation fondamentale soit posée par voie législative.

Autre facteur d'extension de la compétence législative, le Conseil constitutionnel a recours à la technique des principes généraux du droit (PGD) pour séparer le domaine de la loi et du règlement. C'est ce qu'il a établi dans la décision 69-55 L du 26 juin 1969⁵⁷⁷. Ayant apprécié la nature juridique d'une disposition prévoyant la nécessité pour les propriétaires de sites ou de monuments classés, d'obtenir une décision explicite d'autorisation en préalable à tous travaux modifiant l'état ou l'aspect des sites, le Conseil décide que « d'après un principe général de notre droit, le silence gardé par l'Administration vaut décision de rejet et, qu'en l'espèce il ne peut y être dérogé que par une décision législative »⁵⁷⁸. Le Conseil se fonde non pas sur le rattachement à une quelconque réserve de loi, mais sur l'existence d'un principe général du droit. Comme le notent les auteurs des *Grandes décisions*, en décidant que l'existence d'un principe général du droit implique la compétence législative, le juge constitutionnel « ouvre un champ très vaste et, qui plus est, extensible, au pouvoir législatif »⁵⁷⁹. Selon la conception du Conseil constitutionnel, le

M. Teitgen devant le Comité consultatif constitutionnel : « qu'il faille délimiter le domaine de la loi, j'en suis d'accord, car il faut bien constater que la loi a perdu beaucoup de son prestige ».

575 Intervention de M. SOLAL-CÉLIGNY, séance des 25 et 26 août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution*, op. cit., volume 3, p. 101.

576 *Ibid.*, p. 102.

577 *RJC* I-10 ; *GDCC* n° 18.

578 4^e considérant.

579 *Ibid.*, paragraphe 8 ; par la suite, la jurisprudence issue de la décision 55 L sera réitérée dans les décisions 57 L, du 24 octobre 1969 (*RJC* II-38), et 75 L du 21 décembre 1972 (*RJC* II-50). Dans la décision 167 L du 19 décembre 1991, il considère « qu'il appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre des principes posés par la loi dans le respect de celle-ci et des principes généraux du droit » (*RJC* I-137 ; 2^e considérant). La décision 352 DC énonce que le législateur peut déroger à un PGD (18 janvier 1995, *RJC* I-612, 12^e considérant).

principe général du droit est une règle de valeur législative que peut seul renverser le législateur. Il s'agit d'une norme non écrite s'imposant au pouvoir réglementaire.

Ce faisant, on pourrait penser que le Conseil constitutionnel a simplement pris à son compte une théorie préexistante du droit administratif. En fait, il a pu être montré que, du point de vue du Conseil d'État, la catégorie des PGD est hétéroclite. Elle recouvre en effet à la fois des normes ayant valeur législative et d'autres ayant valeur constitutionnelle⁵⁸⁰. La Haute juridiction administrative avait auparavant tendance à appliquer les textes constitutionnels proclamant des droits fondamentaux à travers la médiation de la théorie des PGD, donnant ainsi prise à la distinction entre PGD à valeur constitutionnelle et PGD à valeur législative. D'ailleurs cette discrimination n'était d'aucune portée concrète, puisque ces deux catégories ayant en commun d'avoir une valeur *supra* réglementaire, elles s'imposaient également à l'Administration. Mais désormais, le Conseil applique directement les normes constitutionnelles, sans passer par le biais de la théorie des principes généraux du droit⁵⁸¹. Tant et si bien que le juge administratif rejoint le juge constitutionnel dans sa conception des PGD comme norme à simple valeur législative, auxquelles ne peut déroger l'Exécutif, impliquant en conséquence la compétence parlementaire. Ceci lui permet de déclarer, à propos des PGD, qu'il « n'appartient qu'au législateur d'en déterminer l'étendue, d'en étendre ou d'en restreindre les limites »⁵⁸². Le recours à la théorie des PGD permet de renforcer le domaine de la loi et de consacrer la nécessité d'un acte législatif, au-delà des strictes exigences de la réserve de loi⁵⁸³.

L'ensemble de ces solutions aboutit à un élargissement considérable de la réserve de loi. Celle-ci, loin d'être cantonnée à un espace réduit, couvre au contraire de larges domaines, si bien que le champ d'intervention du règlement est d'autant plus limité. En conséquence, la probabilité que la régulation d'un secteur affecte, à un moment ou à un autre, une quelconque réserve de loi est accrue en proportion. De plus, compte tenu de la structure des réserves de loi, le degré d'incidence sur celles-ci d'une régulation est directement facteur de son importance dans la vie nationale : la mise en œuvre des règles relève du pouvoir réglementaire. C'est en tout cas ce degré d'incidence qui va déterminer la part respective du législateur et de l'Exécutif au sein de la régulation projetée, et c'est ce qui explique que cette part soit susceptible de variations, selon notamment la plus ou moins grande densité législative de la matière⁵⁸⁴. En tout cas, les chances de configurer un secteur où la Constitution n'imposerait pas une intervention législative, même de manière non prépondérante, sont extrêmement faibles. La loi se présente bien comme la norme « de surface », qui pose les premiers éléments de toute régulation. Il s'agit de la norme discrétionnaire par excellence, le pouvoir réglementaire ne pouvant que développer « en

580 Cf. L. FAVOREU, « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », contribution au colloque des 21-22 janvier 1988 sur *Conseil d'État et Conseil constitutionnel*, Actes du colloque, Monchrestien, Paris, 1988, p. 146 et s.

581 Cf. L. FAVOREU, op. cit. et « L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif (nouveaux développements) », *RFDA* 1989, p. 142.

582 CE, 4 octobre 1974, *Dame David*, *Rec.* p. 464.

583 De façon comparable, il est admis en Espagne que les PGD servent de source à la compétence législative (Cf. J. DE LA CRUZ FERRER, « Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria », *RAP* 1988, n° 116, p. 71).

584 Cf. *supra*.

profondeur » les prescriptions législatives, sa marge de décision variant selon la plus ou moins grande détermination législative du secteur à réguler.

Au départ, l'attribution à l'Exécutif de la compétence normative de principe était un élément fondamental de la démonstration tendant à prouver la réduction du rôle du législateur. Mais en réalité, la « révélation » des importantes potentialités des multiples réserves de loi et l'accroissement corrélatif de la compétence législative retournent la situation au détriment du règlement.

Celui-ci, possédant un champ d'intervention résiduel, toute augmentation du domaine législatif se traduit nécessairement par une diminution de la compétence réglementaire.

B. - Le règlement en tant que norme secondaire

C'est par rapport à l'énumération des réserves de loi qu'est examiné l'espace couvert par l'article 37 alinéa 1. Ainsi, la perspective se modifie, et l'on s'aperçoit que le domaine réglementaire dépend de l'ampleur des attributions législatives. Or, les possibilités de rattachement à au moins une réserve de loi étant d'autant plus nombreuses que sont importantes et larges les réserves de loi, il s'ensuit une réduction de la zone réservée au règlement.

Devant l'avancée de la compétence législative obligatoire, le règlement perd toute possibilité de décision autonome. Il s'intègre à une régulation législative préexistante, dont il doit tenir compte et qui annihile ou limite très fortement les capacités discrétionnaires de l'Exécutif. Le règlement apparaît alors, plus que jamais, comme une norme d'exécution de la loi. Ce n'est pas le moindre des paradoxes de la Constitution de 1958 que d'avoir consacré un espace réglementaire réservé au Gouvernement et défini autour de la notion d'exécution des lois⁵⁸⁵. Dans ce cadre, si l'existence et le champ d'intervention du pouvoir réglementaire sont définis par la Constitution, le contour des dispositions réglementaires est conditionné par les dispositions législatives. En effet, la répartition verticale des compétences, résultante directe de l'importance de la réserve de loi sous la V^e République, implique que la norme réglementaire soit réduite au rang de norme d'exécution de l'œuvre législative.

Le conseiller Fournier ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit : « Au Parlement de poser les principes, de fixer les points importants, d'édicter les lignes générales. Au Gouvernement de prévoir les modalités, de régler l'accessoire, de compléter dans le détail la construction d'ensemble »⁵⁸⁶.

Mais si la réserve réglementaire se ramène principalement à la préservation d'une compétence d'exécution des dispositions législatives, la perspective dans laquelle elle doit être aperçue se modifie. Loin d'être une arme contre le Parlement, tendant à conférer des capacités autonomes de décision à l'Exécutif, cette réserve le protège contre les tendances déviationnistes, inhérentes à tout processus démocratique. Elle autorise en effet à interdire au législateur de s'insérer dans les détails de l'exécution des principes posés par la loi, le cantonnant à la définition de la législation « de surface » et évitant de la sorte l'asphyxie due à l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire.

À cet égard, l'institution d'une compétence réglementaire réservée apparaît nettement comme une réaction face au paradoxe auquel avaient abouti les Constitutions des III^e et IV^e Républiques : la loi ayant vocation à s'occuper de

tout, elle finissait par régir, selon l'exemple célèbre, le nombre de baudets dans les haras nationaux⁵⁸⁷, tandis que simultanément, toutes les grandes réformes économiques et fiscales étaient réglées par décrets-lois, faute de pouvoir trouver une majorité capable de y procéder et par facilité électorale⁵⁸⁸. Désormais, la loi est protégée contre elle-même, la Constitution permettant de la confiner dans sa fonction de définition des normes primaires. Sont ainsi évitées des dérives similaires à celle se produisant en Italie (où d'ailleurs certains auteurs appellent de leurs vœux l'institution d'une délimitation constitutionnelle des compétences, identiques à celle existant en France).

C'est dans cette logique que se situent certains parlementaires lorsqu'ils réclament le retour à une plus grande orthodoxie dans l'application des articles 41 et 37 alinéa 2 et ce afin de libérer les assemblées de la législation secondaire. Pour Pierre Mazeaud, « on légifère trop, donc mal, la plupart du temps sur des dispositions réglementaires, alors qu'elles sont de la compétence du seul Gouvernement... Ceux qui auront en charge la future Assemblée nationale devront veiller à ce qu'elle ne légifère que dans le seul domaine législatif »⁵⁸⁹. Cette question fût évoquée de la même façon lors de la journée d'études de l'Association française des constitutionnalistes du 15 mars 1991. Le député Jean-Jacques Hyest se révéla « personnellement attaché au respect de... la répartition des attributions des articles 34 et 37 », en déplorant l'existence de « lois qui relèvent uniquement du domaine réglementaire », alors que la définition des grands principes est suffisante⁵⁹⁰. Et ceci s'explique par le fait que « des parlementaires qui veulent s'occuper des affaires sérieuses ont effectivement tout intérêt à être débarrassés des affaires anodines »⁵⁹¹.

De même, lors du débat à l'Assemblée nationale sur le projet de loi d'orientation sur le développement du territoire, les députés supprimèrent l'article 27 du projet au motif qu'instituant seulement une faculté pour les collectivités locales, il n'avait donc pas de caractère législatif. L'argument ayant emporté le vote étant que « Nous nous plaignons souvent que nos lois soient trop bavardes »⁵⁹².

Dans cette logique, une résolution du 10 octobre 1995⁵⁹³ tendait à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, en vue de permettre à tout député de demander au Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité au titre de l'article 41 de

587 L. Rolland parlait à propos de ces dispositions de détail de « poussière législative ». Il ajoutait que « nul ne pourrait... voir une intolérable abdication dans une loi permettant au chef de l'État de réorganiser le service des haras, de supprimer des hôpitaux militaires ou maritimes ou de réaliser des réformes du même genre », « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *RDP* 1924, p. 70. G. Burdeau explique cette tendance parlementaire par la pression des groupes d'intérêts qui « incite les parlementaires à s'enliser dans la discussion de détail (les seules qui intéressent leurs mandants) ». *Traité de science politique*, T. 8, LGDJ, Paris, 1974, n° 180.

588 Cf. B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 9^e éd, Colin, Paris 1989, p. 307 : « Les parlementaires aimaient mieux n'avoir pas à voter une à une les mesures de compression budgétaire... Ils préféreraient donner en une seule fois les pleins pouvoirs au Gouvernement, quitte à déplorer ensuite devant leurs électeurs l'usage que celui-ci en avait fait ».

589 Entrevue au *Figaro* du 17 mars 1993. Voir aussi *Le Figaro* du 9 novembre 1993, et *Rappel au règlement*, éditions France empire, 1995, p. 65-77.

590 Cf. les actes de cette journée : *La réforme du travail parlementaire à l'Assemblée nationale*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1992, p. 89 à 117.

591 Intervention de T. BRÉHIER, *ibid*, p. 97.

592 Intervention de A. CAZIN D'HONNINCTIN, *JO débats AN*, 1^{re} séance du 12 juillet 1994, n° 74, p. 4750.

593 Annulée par le Conseil constitutionnel dans la décision 95-366 DC du 8 novembre 1995 (*RJC* 1-639).

585 Ce que montre l'analyse des décisions rendues au titre des articles 61 alinéa 2, 37 alinéa 2 (Cf. SACCONNE, *op. cit.*), et 41 de la Constitution (Cf. OLIVA, *op. cit.*, p. 226 et s.).

586 Conclusions sur CE 18 mai 1960, *Karle*, *Rec.* p. 338.

la Constitution. C'est dire que des parlementaires auraient demandé au Gouvernement d'user d'une procédure de limitation du domaine législatif.

Telle est la conséquence directe de la définition d'un pouvoir réglementaire exécutif par la Constitution : les parlementaires eux-mêmes réclament la mise en œuvre effective de la réserve réglementaire.

Enfin, pour les députés P. Albertini et F. Sauvadet, « la limitation de l'inflation normative suppose un respect plus rigoureux du domaine de compétence respectif de la loi et du règlement » et « la loi se perd dans les détails des modalités d'exécution »⁵⁹⁴.

Pour autant, il semble se dégager un domaine dans lequel, par exception, la compétence réglementaire apparaît comme *praeter legem*.

§ 2 - L'INCLUSION DU RÈGLEMENT *AD INTRA* AU SEIN DE LA RÉSERVE RÉGLEMENTAIRE

La gestion et le fonctionnement de l'Administration suscitent la production de normes dont les destinataires sont avant tout les agents de l'administration, ou les particuliers qui, pour une raison ou une autre viendraient à entrer en relation avec elle. Elles n'affectent pas l'ensemble des individus, considérés en tant que citoyen.

Ces normes internes à l'administration méritent-elles un statut spécial au sein de l'article 37 ?

On va voir que si le Conseil constitutionnel considère effectivement que certaines de ces normes peuvent se dispenser de revêtir un caractère exécutif, le Conseil d'État, tout en admettant lui aussi ce caractère *praeter legem*, confère à ces normes internes un vaste champ d'intervention.

A. - La constitutionnalisation d'un certain pouvoir réglementaire *ad intra*

L'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel montre que celui-ci admet en un certain domaine que le pouvoir réglementaire dispose d'une capacité normative discrétionnaire, contrairement au restant de la répartition constitutionnelle des compétences. Ainsi, il admet, de façon générique, que les dispositions tendant seulement à désigner l'autorité habilitée à exercer au nom du Gouvernement des attributions qui, en vertu de la loi, appartiennent à celui-ci, sont systématiquement insusceptibles de mettre en cause une quelconque réserve de loi et ressortent alors à la compétence réglementaire. La répartition des attributions de l'État entre différentes autorités n'est donc absolument pas conditionnée par le législateur, mais est entièrement remise entre les mains de l'Exécutif. La jurisprudence est univoque sur ce point⁵⁹⁵. De la sorte, la

désignation des ministres ou des fonctionnaires compétents, la répartition des attributions entre ministres et préfets sont autant de cas où le pouvoir réglementaire peut intervenir librement, sans prédétermination législative. Il n'en irait autrement que si la désignation de l'autorité constituait, par elle-même, une garantie pour l'exercice des pouvoirs conférés par voie législative⁵⁹⁶.

Le Conseil constitutionnel consacre un pouvoir réglementaire *praeter legem*, limité à la distribution des compétences au sein de l'Exécutif. Ce pouvoir réglementaire est effectivement protégé de l'intervention législative, puisqu'une disposition de loi qui viendrait à régir ce secteur pourrait être intégralement délégalisée⁵⁹⁷. L'Exécutif se voit reconnaître une sorte de pouvoir d'auto-organisation, la loi n'ayant pas mot à dire dans la distribution des compétences décisionnelles au sein de l'Administration. C'est l'autonomie de l'Administration, en tant qu'élément d'instrumentalisation du pouvoir exécutif, qui postule l'existence de capacités propres d'organisation, justifiant ainsi l'exclusion de la réserve de loi de ce secteur : le législateur ne doit pas s'insérer dans la sphère interne à l'Administration, sous peine de rompre l'équilibre institutionnel et la séparation des pouvoirs.

Le Conseil d'État a d'ailleurs lui aussi admis l'existence de ce type de pouvoir réglementaire. Par exemple, dans un arrêt du 15 mai 1987, *Société transports et affrètements fluviaux*⁵⁹⁸, la Haute juridiction administrative valide la modification opérée par décret d'un article de la loi du 22 mars 1941, prévoyant que certaines décisions en matière de transports fluviaux seront prises par délégation du secrétaire d'État aux communications. Le décret attaqué par la voie de l'exception, s'étant « borné à modifier les dispositions antérieurement en vigueur concernant les règles de compétence des autorités administratives » (en l'espèce, il substituait le ministre des Travaux publics et des Transports au secrétaire d'État aux communications), il rentre valablement dans le cadre des compétences réglementaires prévues par la Constitution, et la loi en question a pu faire l'objet d'une délégalisation sur le fondement de l'article 37 alinéa 2 (faisant ici intervenir un avis du Conseil d'État et non une décision du Conseil constitutionnel, s'agissant d'une loi préconstitutionnelle). Ainsi, le moyen tiré de la violation de l'article 34 par le décret déferé doit être écarté.

Toutefois, il est possible de s'interroger sur les limites inhérentes à cette faculté d'auto-organisation de l'Administration. En particulier, existe-t-il en France un véritable pouvoir réglementaire *ad intra*, à l'instar de ce que la doctrine étrangère a parfois tenté de consacrer⁵⁹⁹, et qui constituerait avec le domaine de la mise en application de la loi, l'emprise de la réserve réglementaire ?

On se rappelle en effet que déjà avant 1958, le commissaire du Gouvernement Romieu avait posé le principe de la compétence du pouvoir exécutif pour régler l'organisation intérieure des services et les conditions de leur fonctionnement, du moment que la définition de ces règles était insusceptible de léser les droits des tiers et ce alors même qu'il n'existe aucune loi l'y

⁵⁹⁴ *Le Figaro*, du 22 mai 1996.

⁵⁹⁵ Cf. par exemple : décisions 73-78 L, du 7 novembre 1973, *RJC* II-56 ; 79-112 L, du 21 novembre 1979, *RJC* II-87 ; 80-114 L, du 15 novembre 1980, *RJC* II-89 ; 82-129 L, du 26 novembre 1982, *RJC* II-100 ; 83-130 L, du 19 juillet 1983, *RJC* II-101 ; 83-131 L, du 19 juillet 1983, *RJC* II-101 ; 85-138 L, du 26 juin 1985, *RJC* II-105 ; 85-139 L, du 8 août 1985, *RJC* II-105 ; 85-141 L, du 9 octobre 1985, *RJC* II-115 ; 85-144 L, du 13 novembre 1985, *RJC* II-118 ; 88-158 L, du 10 mars 1988, *RJC* II-132 ; 88-158 L, du 13 juillet 1988, *RJC* II-132 ; 89-161 L, du 24 octobre 1989, *RJC* II-133 ; 92-172 L, du 29 décembre 1992, *RJC* II-141 ; 93-174 L, du 6 avril 1993, *RJC* II-142 ; 94-358 DC, du 26 janvier 1995, *RJC* I-624 8° considérant. Plus généralement, voir *GDCC*, n° 18, paragraphes 16 et s. et

Tables trentenaires du Conseil constitutionnel (1958-1988), La Documentation française, Paris, 1989.

⁵⁹⁶ Cf. *Tables trentenaires*, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁹⁷ Et ceci n'est pas une hypothèse d'école, si l'on considère que « la plupart des délégalisations prononcées par le Conseil constitutionnel en vertu de l'article 37, alinéa 2 portent en effet sur ce seul point » (L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 880).

⁵⁹⁸ *Rec.* p. 176.

⁵⁹⁹ Cf. l'étude des systèmes italien et espagnol.

autorisant ⁶⁰⁰. Cette doctrine s'inspirait nettement de la distinction allemande entre les règlements administratifs ⁶⁰¹ et les règlements juridiques, pris sur l'invitation du législateur.

Ultérieurement, l'arrêt du 7 février 1936, *Jamart* ⁶⁰², devait reconnaître expressément que « 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 » ⁶⁰³. Par la suite, l'existence de ce pouvoir *praeter legem* devait être confirmée sous la V^e République ⁶⁰⁴.

Cette faculté normative devait d'ailleurs être rattachée expressément à l'article 37 de la Constitution par certains arrêts. Ainsi, dans une décision du 24 janvier 1973, *Syndicat national des conseillers du développement agricole* ⁶⁰⁵, la Section du contentieux précise « qu'il appartient au Gouvernement, en vertu de l'article 37 de la Constitution, de pourvoir, par toutes les mesures appropriées, à l'organisation des services publics créés par le législateur ». La Constitution du 4 octobre 1958 n'aurait fait que réitérer une capacité normative que le Conseil d'État s'était cru autorisé à dégager des textes constitutionnels précédents. Elle aurait seulement protégé ce pouvoir réglementaire contre les incursions du législateur ⁶⁰⁶. Néanmoins, pour la Haute juridiction administrative, la continuité de la solution jurisprudentielle témoigne de la permanence d'un pouvoir réglementaire *praeter legem* en matière d'organisation de l'Administration. Mais pour le Conseil d'État, cette notion revêt une acception qui dépasse la simple répartition du pouvoir de décision entre différentes autorités administratives, ou la définition des modalités concrètes de fonctionnement du service.

B. - L'élargissement du pouvoir *ad intra* par le Conseil d'État

En ce sens, il est reconnu aux autorités exécutives un pouvoir de réglementation de la situation des agents placés sous leur autorité qui va jusqu'à

⁶⁰⁰ Conclusions Romieu sur CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec. p. 362 ; cf. *supra*.

⁶⁰¹ Soi-disant dépourvus de caractère normatif. Carré de Malberg s'est opposé en son temps à cette construction. Selon lui, « il n'y a pas que les règles opposables aux particuliers ou invoquées par eux qui constituent du droit. C'est ainsi qu'une loi, ou un décret organisant des services administratifs ou édictant des prescriptions relatives à leur fonctionnement interne, engendrent une réglementation qui, même s'il n'en doit résulter aucune faculté ni charge pour les administrés, a du moins pour effet de créer à l'intérieur du service et pour les fonctionnaires dont elle vient ordonner l'activité ou les relations, des règles qui déterminent leurs capacités ou qui leur imposent des devoirs de services, donc des règles de droit dans toute la force du terme » (*La loi expression de la volonté générale*, op. cit., p. 64.).

⁶⁰² Rec. p. 172, *GAJA* n° 56.

⁶⁰³ Plus généralement, c'est l'ensemble des autorités de direction d'une administration qui devait se voir reconnaître comme bénéficiaire d'un tel pouvoir d'organisation (Cf. *GAJA*, p. 307, avec les arrêts cités).

⁶⁰⁴ Voir par exemple : CE, 8 janvier 1982, *Chocolat de régime Dardenne* (Rec. p. 1) : il appartient aux ministres, « même en l'absence de texte, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des administrations placées sous leur autorité ».

⁶⁰⁵ Rec. p. 59.

⁶⁰⁶ Et ce seulement dans la mesure où l'Exécutif use de ces facultés pour défendre ou recouvrer l'espace qui lui est attribué. La loi n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République (*JO* 8 février, p. 2064), constitue sans doute, un exemple de pénétration législative dans l'espace d'organisation administrative (notamment art. 2 et 4). Mais cette pénétration est limitée, et ce texte renvoie largement à des décrets en Conseil d'État.

permettre de prendre des mesures générales afférentes à leur rémunération, leur recrutement ou leurs conditions de travail ⁶⁰⁷.

Reste que dans ce domaine, l'action de l'Exécutif est sérieusement limitée par l'existence d'une réserve de loi. En effet, l'article 34 réserve à la loi la définition des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État. Il en résulte que le pouvoir réglementaire est seulement compétent pour mettre en œuvre les garanties fondamentales fixées par le législateur, comme devait d'ailleurs le décider le Conseil constitutionnel ⁶⁰⁸. En conséquence, il paraît difficile d'imaginer, dans ce secteur, un pouvoir réglementaire qui ne puise pas l'origine de ses dispositions dans des actes de valeur législative, la loi possédant même une compétence irréductible. Logiquement, l'Exécutif ne peut donc prendre que des mesures visant à l'exécution du contenu législatif, c'est-à-dire développant les normes incluses dans la loi, à l'exclusion de toute création *praeter legem*. On voit alors mal comment le pouvoir réglementaire pourrait édicter des prescriptions « autonomes », c'est-à-dire, n'ayant pas leur source dans la loi, en matière de fonction publique. Ici encore, la répartition horizontale entre la loi et le règlement disparaît au profit d'une répartition « en profondeur » : le pouvoir d'organisation est absorbé par le pouvoir d'exécution par rapport auquel il ne possède aucune spécificité susceptible de le distinguer.

Une analyse semblable peut être faite à propos de l'utilisation du pouvoir réglementaire d'organisation des services pour réglementer le droit de grève. Depuis la jurisprudence *Dehaene* du 7 juillet 1950 ⁶⁰⁹, on sait que le Gouvernement ⁶¹⁰ peut en l'absence de dispositions législatives applicables, réglementer l'exercice du droit de grève, permettant ainsi d'interdire à certaines catégories d'agents l'utilisation de ce droit. Or, pour la doctrine, ce pouvoir procède concrètement de la capacité qu'a l'Administration d'organiser le service ⁶¹¹. La jurisprudence *Dehaene* découle directement de la jurisprudence

⁶⁰⁷ *GAJA*, p. 307 et les arrêts cités : CE, 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, Rec. p. 242 et CE, 10 janvier 1986, *Fédération nationale des travailleurs de l'État CGT*, Rec. p. 5, qui après avoir rappelé les termes de l'article 37.1 de la Constitution, reconnaît qu'en « l'absence de toute disposition législative en décidant autrement, il appartient au Premier ministre, compétent en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 21 de la Constitution, de réglementer les conditions d'emploi du personnel médical contractuel » (On notera que dans cet arrêt, le Conseil d'État utilise les articles 21 et 37 de la Constitution de la même manière que le Conseil constitutionnel : l'article 37 définit le champ d'intervention du décret, auquel il était reproché, dans l'espèce, d'avoir été édicté sans aucun support législatif, tandis que l'article 21 définit le titulaire principal du pouvoir réglementaire). Sur le rôle du pouvoir d'organisation des services pour la définition du statut des agents non titulaires de l'État, voir N. BELLOUBET-FRIER, « Le statut des agents non titulaires de l'État », *AJDA* 1990, p. 856 et s.

⁶⁰⁸ Voir par exemple : 85-140 L, du 24 juillet 1985, *RJC* II-114.

⁶⁰⁹ Rec. p. 426 ; *GAJA* n° 78.

⁶¹⁰ Et plus généralement l'ensemble des autorités investies d'un pouvoir de direction sur des agents publics : ministre (CE, 14 mars 1956, *Hublin*, Rec. p. 117), chef de service (CE, 19 janvier 1962, *Bernardet*, Rec. p. 49 ; CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, *AJDA* 1993, p. 223), ou maire (CE, 9 juillet 1965, *Pouzeux*, Rec. p. 421). L'extension de la capacité de réglementer le droit de grève au profit d'autorités autres que le Gouvernement a d'ailleurs été critiqué par la doctrine (Cf. L. FAVOREU, « Le Conseil d'État défenseur de l'Exécutif », contribution aux *Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 242, citant notamment le professeur Leclerc).

⁶¹¹ En ce sens, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Domat-Monchrestien, Paris, 7^e éd., 1993, T. 1, n° 733 qui analyse le pouvoir issu de la jurisprudence *Dehaene* en un cas particulier de la possibilité de réglementer la situation des agents administratifs ; voir aussi : *GAJA*, n° 78, p. 441. Le lien entre les jurisprudences *Dehaene* et *Jamart* avait été souligné dès les premiers commentaires de l'arrêt du 7 juillet 1950 (ainsi, A. Gervais, note sous CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, D. 1950, J p. 540).

Jamart, la réglementation du droit de grève étant conçue comme un élément de l'organisation du service pendant les périodes de cessation de travail des agents publics. Il faut dire qu'effectivement, cette réglementation apparaît comme édictée spontanément, sur la base ou pour le développement d'aucun texte législatif ; il n'existe pas de cadre législatif conditionnant son intervention. À ce titre, le Conseil d'État prend soin de préciser que s'il tranche en faveur de la compétence réglementaire, c'est parce qu'il ne peut que constater l'absence de toute intervention législative d'ensemble pour encadrer l'usage de ce droit.

Pour autant, là encore, il est possible de s'interroger sur la compatibilité de ce pouvoir autonome d'organisation avec la définition d'une réserve de loi par la Constitution de 1958. En effet, le Préambule de la Constitution de 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, indique que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent, consacrant alors la compétence parlementaire. De façon identique, l'article 34 réserve à la loi la détermination des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. C'est d'ailleurs en ce sens que le Conseil constitutionnel devait interpréter ces dispositions, en contrôlant, à propos de saisine sur des lois régissant le droit de grève, que ces textes renvoient seulement au pouvoir réglementaire la détermination des modalités d'application des principes que le législateur se doit de poser⁶¹².

Dans ces conditions, nombreux sont les auteurs qui se sont interrogés, à la suite du doyen Favoreu⁶¹³ sur la pérennité de la jurisprudence *Dehaene* après l'entrée en vigueur de la Constitution⁶¹⁴. La présence d'une réserve de loi interdisant tout exercice *praeter legem* du pouvoir réglementaire, il paraît en effet difficile de maintenir la possibilité pour l'Exécutif de s'insérer dans l'emprise d'une matière réservée au législateur. Et la carence incontestable du législateur, qui depuis 1946 n'a pas été capable d'édicter une législation générale relative au droit de grève, n'est pas de nature à transférer au profit de l'Exécutif une compétence que la Constitution impartit au législateur⁶¹⁵. L'attribution au pouvoir réglementaire *ad intra*, en lieu et place du règlement exécutif, de la faculté de poser les normes relatives à l'exercice du droit de grève par les agents publics apparaît contradictoire avec l'interprétation de la Constitution retenue par la juridiction constitutionnelle française. Confrontant directement la norme administrative avec la réserve de loi, on s'imagine mal les raisons juridiques qui poussent le Conseil d'État à ne pas l'invalidier. Le Gouvernement est certes responsable de l'ordre public (c'est sur cet élément que le conseiller Genevois fonde la légitimité de l'intervention réglementaire en matière de grève), qui

612 Jurisprudence inaugurée par la décision 79-105 DC, du 25 juillet 1979 (RJC I-71) ; GDCC n° 27. Sur l'interdiction pour le législateur de subdéléguer sa compétence pour régir le droit de grève, voir D. TURPIN, « Le droit de grève face à un nouveau "Principe de valeur constitutionnelle" », *Droit social* 1980, p. 448 et s.

613 Notamment in GDCC n° 27, paragraphe 25 et in « Le Conseil d'État défenseur de l'Exécutif », *op. cit.*, p. 239 et s.

614 Pour une liste détaillée, voir B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de grève dans les services publics », *Droit social* 1989, p. 799, note 12. Voir aussi F. MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA* 1996, n° 52, p. 9.

615 On peut même se laisser aller à penser que l'autorisation conférée par le Conseil d'État au Gouvernement de régir la grève encourage l'inaction du législateur, puisqu'elle permet de pallier ce qui apparaîtrait inévitablement comme un vide juridique à combler (en ce sens, voir GDCC n° 27, paragraphe 25 avec la citation du rapport Perrot). Une jurisprudence contraire serait une manière de contraindre les parlementaires à s'inquiéter de la question.

représente incontestablement un objectif de valeur constitutionnelle⁶¹⁶, mais cela ne l'autorise pas à déroger aux règles de compétence prévues par la Constitution⁶¹⁷, ou à se substituer au Parlement de façon spontanée, sans avoir reçu d'habilitation selon la procédure de l'article 38 de la Constitution.

Il ne reste plus au Conseil d'État qu'à tirer toutes les conséquences de la présence d'une réserve de loi dans la Constitution, relativement au droit de grève⁶¹⁸. Certes, jusqu'à maintenant, celui-ci a toujours maintenu sa jurisprudence⁶¹⁹, mais celle-ci se présente aujourd'hui comme un « vestige », étroitement lié aux circonstances factuelles créant la nécessité d'une intervention normative⁶²⁰. Or, de nos jours, la dynamique des droits et libertés fondamentaux prévaut, et le Conseil constitutionnel assure, dans le cadre de ses compétences, leur défense juridique. L'intégration de cette logique par le Conseil d'État devrait être facilitée par la disparition des circonstances ayant donné lieu à la jurisprudence *Dehaene*.

Toutefois, l'inclusion, par la juridiction administrative, de la réglementation de la situation des fonctionnaires au sein du pouvoir d'organisation traduit, dans une certaine mesure, l'influence de la théorie des « relations spéciales de sujétion » sur le droit administratif français. En témoigne l'arrêt du 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers et autres*⁶²¹. Celui-ci valide un décret ayant pour objet de déterminer l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires. Certes, il existe là une base législative, puisque l'article 728 du code de procédure pénale renvoie au décret pour la fixation de ces règles. Mais pour autant, la loi ne prévoit aucune prédétermination normative, susceptible d'encadrer les prescriptions réglementaires, si bien que le renvoi législatif apparaît comme un blanc-seing délivré au Gouvernement. Considérant l'inexistence d'un cadre défini par la loi, l'autorité décrétable bénéficie d'une autonomie considérable pour poser les normes applicables aux établissements pénitentiaires⁶²². C'est

616 Cf. décision 187 DC, du 25 janvier 1985, RJC I-223 ; GDCC, n° 37.

617 On perçoit derrière cette justification, l'idée selon laquelle l'Exécutif est investi d'une mission de police, ce qui lui permettrait de déroger à la réserve de loi, la réglementation de la grève s'identifiant à une sorte de police en vue de préserver l'ordre public. Celle-ci n'est pas nouvelle, puisque déjà Otto Mayer l'avait envisagée (cf. *supra*, 1^{re} partie). On verra que cette idée permet aussi de justifier, d'après le Conseil d'État, le maintien de pouvoirs de police *praeter legem*, malgré la réserve de loi en matière de libertés publiques (cf. *infra*, titre 3). D'autre part, le règlement est perçu comme l'élément normatif susceptible de pallier, en cas de nécessité de régulation d'un secteur, la carence du législateur. À ce titre, on peut rapprocher de la jurisprudence *Dehaene*, l'arrêt *Meyet* de 1992, même si l'interprétation en est difficile. Le Conseil d'État y affirme en effet qu'il appartient au pouvoir réglementaire, en l'absence de dispositions législatives, de fixer les modalités nécessaires à l'organisation du référendum, mais dans le respect de règles concernant les droits civiques et les garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, ce qui paraît sauvegarder la compétence du législateur prévue par l'article 34.

618 Ce qu'a déjà fait la Cour de cassation en considérant que seule une loi pouvant limiter ou réglementer l'exercice du droit de grève, une convention collective était impuissante à ce faire (Cass. soc., 7 juin 1995, *SA transports Seroul*, pourvoi n° 93-46448 G ; *DS* 1995, J. p. 75).

619 Et encore récemment : CE, 13 novembre 1992, précité.

620 Ce n'est sans doute pas un hasard si c'est à propos de mesures édictées en 1948 que l'arrêt s'est prononcé : cette période correspond historiquement aux grandes grèves de type insurrectionnel, déclenchées à l'initiative du parti communiste et relayées par la CGT. L'un des enjeux du débat était de savoir si le Gouvernement pourrait disposer des moyens juridiques de contrecarrer une action séditeuse s'appuyant sur la grève générale comme méthode d'action (voir en ce sens, M. WALINE, « note de jurisprudence », *RDP* 1950, p. 699, n° VII).

621 *Rec.* p. 182.

622 Cet exemple est caractéristique de la variabilité de la notion de « règlement autonome » : il est tout à fait possible de considérer que le règlement déferé relève de cette catégorie, malgré la présence d'une base légale ; en effet, la capacité de décision gouvernementale est très

d'ailleurs l'absence de toute couverture législative des mesures édictées qui permet au Conseil d'État de contrôler la validité de ce décret par rapport à l'article 34 de la Constitution, sans invoquer la théorie de la loi-écran : ces mesures ne trouvant pas leur origine dans la loi, leur remise en cause éventuelle n'aboutit pas à la censure incidente des dispositions législatives⁶²³. Pour autant, la Haute juridiction administrative valide le décret en invoquant la compétence réglementaire sur ce secteur, s'agissant « de réglementer les mesures d'ordre intérieur destinées à assurer la discipline dans les établissements pénitentiaires ». De la même façon, le décret attaqué, en procédant à la diversification des établissements pénitentiaires et à l'uniformisation du régime d'incarcération applicable à chacune de ces catégories, « ne porte par là même aucune atteinte à l'article 34 de la Constitution ». Ainsi, la Haute juridiction administrative rattache l'organisation des prisons et la définition de leur régime disciplinaire intérieur à la compétence réglementaire⁶²⁴, parce qu'il s'agit selon lui de mesures purement internes à l'Administration, relevant de son pouvoir d'auto-organisation. Cet arrêt confirme la conception large du pouvoir d'organisation retenue par le Conseil d'État. Ainsi, aucune des mesures validées n'a son origine dans la loi, alors pourtant qu'elles sont susceptibles, s'agissant notamment de la définition du régime disciplinaire au sein des établissements pénitentiaires, d'affecter des individus dans leurs droits et libertés.

Poussant plus loin la catégorie des mesures d'organisation propres à l'Administration, le Conseil d'État considère parfois qu'elles ne peuvent faire l'objet de recours. Il s'agit de l'ensemble des décisions regroupées sous le vocable de « mesure d'ordre intérieur ». Renouant avec la conception allemande du début du siècle, relativement au pouvoir *ad intra*, il décide qu'elles ne sont pas susceptibles de faire grief.

La notion de mesure d'ordre intérieur recouvre plusieurs types de concepts. Il peut s'agir tout d'abord de mesures à « connotation disciplinaire »⁶²⁵. Comme le relève le professeur Chapus, sont en cause des décisions concernant essentiellement « l'armée, les prisons et les établissements d'enseignement »⁶²⁶, c'est-à-dire les institutions où se développent de façon privilégiée les relations spéciales de sujétion. Pourtant, on peut s'étonner de l'immunité accordée en conséquence à la compétence réglementaire : certaines de ces mesures affectent sans conteste des droits fondamentaux, telle que la liberté

importante, puisqu'il n'existe pas de cadre législatif susceptible de prévoir des dispositions de fond que devraient immanquablement respecter le règlement. Au contraire, un règlement édicté spontanément, conformément à l'un des canons du « classique » règlement autonome, peut très bien se contenter d'être complémentaire d'une loi et en ce cas, l'œuvre de l'Exécutif est largement conditionnée par la législation, si bien que le Gouvernement ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire.

623 Sur le caractère exceptionnel de l'utilisation de la théorie de la loi-écran, cf. *infra*, titre 3.

624 Telle que définie par l'article 37.1 de la Constitution, et non par le renvoi législatif dont on vient de dire qu'il ne faisait pas écran d'avec la Constitution. Ceci ne semble pas être une position absolue du Conseil d'État, la section sociale ayant été d'avis que le Gouvernement ne pouvait par décret, définir les conditions et modalités de dispense des soins en milieu hospitalier par les établissements publics de santé (Cf. *Le Figaro* du 13 septembre 1993).

625 Cf. JCA, fascicule 107-1, n° 8, avec les arrêts cités : relèvent ainsi de cette catégorie, des décisions interdisant le port d'un insigne à caractère politique dans un lycée, le port de pantalon dans les lycées de jeunes filles, refusant l'octroi de permission à un militaire, mettant un officier aux arrêts de rigueur, infligeant une punition à un prisonnier, ou le plaçant dans un quartier de plus grande sécurité, etc...

626 *Droit administratif général*, op. cit., T. 1, p. 356, n° 365. Dans le même sens voir GAJA, n° 89, p. 515 : les mesures d'ordre intérieur sont « destinées à assurer la discipline et l'organisation de certains services particuliers, notamment l'armée, les établissements scolaires et les établissements pénitentiaires ».

d'expression ou revêtent le caractère de sanctions administratives. Or, elles sont édictées le plus souvent sans qu'existe un encadrement législatif adéquat. C'est ce qui explique la tendance du Conseil d'État à limiter le champ d'application de cette théorie⁶²⁷.

L'autre catégorie de mesures d'ordre intérieur concerne, de façon plus modeste, un ensemble d'actes ayant pour objet la gestion courante de l'administration, en vue d'assurer le fonctionnement effectif des services⁶²⁸.

De cette dernière catégorie, peuvent être rapprochées les circulaires dites « interprétatives » qui selon la jurisprudence issue de l'arrêt du 19 janvier 1954, *Notre Dame du Kreisker*⁶²⁹, ne modifient pas l'état du droit existant, et sont par là même, insusceptibles de faire grief.

Au total, on s'aperçoit du décalage existant entre la conception du pouvoir réglementaire d'organisation retenue par le Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'État. Ce dernier, influencé par la doctrine allemande du début du siècle accorde une large place aux normes internes, édictées *praeter legem*, en pleine continuité avec sa jurisprudence antérieure à 1958. Au contraire, le Conseil constitutionnel semble cantonner le pouvoir *ad intra* dont peut jouir l'Administration à une hypothèse précise de répartition des compétences entre autorités administratives. Ainsi, selon l'interprète authentique de la Constitution, celle-ci n'aurait pas institué un très large pouvoir réglementaire d'organisation ; mieux, par la provision de réserves de loi, le texte de 1958 aurait contribué à réduire l'ampleur de l'espace autrefois laissé à l'administration, en faisant progresser le nombre d'hypothèses où l'intervention de la loi est nécessaire, même pour la réglementation de prétendues questions internes à l'Administration⁶³⁰.

La réserve réglementaire, dont l'intégrité est fragilisée par rapport à celle de la réserve de loi, se réduit pratiquement à la définition d'un pouvoir réglementaire exécutif. De ce point de vue, la volonté des Constituants de 1958 d'ordonner les relations entre la loi et le règlement, afin d'éviter les débordements chroniques, consistant pour le législateur à renoncer à sa compétence au profit de l'Exécutif pour ne s'occuper que de la réglementation de détail.

Enfin pour conclure, il faut souligner que le droit positif normatif ne constitue pas une déviation par rapport au texte de la Constitution. Dès l'origine, les développements jurisprudentiels du Conseil constitutionnel étaient contenus en germe dans les prévisions des rédacteurs de notre loi fondamentale. Ainsi, l'énumération de matières réservées à la loi aurait pu être analysée immédiatement comme interdisant toute délégation de compétence législative, un indice étant constitué par la définition d'une procédure spéciale permettant seule au législateur d'abandonner une partie de sa compétence. De la même façon, la dimension verticale de la répartition des compétences transparaissait à travers la recherche d'un moyen de cantonner le législateur dans la définition des « grands choix ».

627 Cf. JCA, op. cit., n° 10.

628 *Ibid*, n° 7 et les arrêts : définition des obligations de service de concierge d'un établissement scolaire ; actes touchant aux modalités comptables d'un service ; affectation d'un élève dans une classe, etc...

629 *Rec.* p. 64 ; GAJA, n° 78.

630 Évolution que consacre d'ailleurs la doctrine. Voir dernièrement la réaction du professeur Mathieu contestant qu'il revienne au règlement intérieur de réglementer le port d'insignes religieux (note sous CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études...*, précité, AJDA 1993, p. 223) et appelant de ses vœux l'intervention législative.

Il en résulte que l'interprétation actuellement retenue par le Conseil constitutionnel et dans une moindre mesure par le Conseil d'État, des articles 34 et 37 correspond exactement au texte même de la Constitution : celui-ci dès le début configurait la loi comme norme primaire et le règlement comme norme secondaire. En conséquence, le retour (parfois souhaité comme on a pu le voir) à une moins grande permissivité vis-à-vis des intrusions de la loi dans le domaine réglementaire n'augmenterait pas les capacités décisionnelles du Gouvernement, mais accroîtrait ses capacités de développement de la législation de base, permettant à la loi de se décharger de la « petite législation »⁶³¹ et de prendre de la hauteur. Autrement dit, la situation actuelle de la loi et du règlement ne dépend pas de facteurs conjoncturels, mais correspond bien à une réalité structurelle : la réutilisation systématique des procédures de délimitation de la loi et du règlement ne pourrait que cantonner la loi dans sa régulation « en profondeur », sans porter atteinte à la nécessité irrécusable de définir les normes en surface. C'est ce qui résulte sans conteste des jurisprudences combinées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, même si cette dernière juridiction semble parfois plus réticente pour donner tout son effet à la réserve de loi, comme le montre la reconnaissance d'un large pouvoir d'organisation des services, et ce que confirment certains exemples suivants.

631 C'est ce qui explique que le doyen FAVOREU ait pu démontrer, contrairement à certaines prévisions, que le fait pour un Gouvernement de ne disposer que d'une faible majorité à l'Assemblée n'a pas impliqué une utilisation massive des articles 41 et 37.2 (« Le mythe de la réversibilité de l'interprétation des articles 34 et 37 de la Constitution », communication au II^e Congrès français de droit constitutionnel, Bordeaux, 13, 14 et 15 mai 1993) : en interdisant l'accès de la loi au champ réglementaire, et en utilisant la procédure de délégalisation de façon importante, le Gouvernement n'aurait pas retrouvé pour autant une faculté de réglementation discrétionnaire, c'est-à-dire que les dispositions qu'il se serait vu autoriser à édicter n'auraient pu se dispenser de l'intervention préalable de loi, considérant l'importance des réserves de loi qui font de cette norme la seule norme primaire possible.

Chapitre II

LES LIMITES JURISPRUDENTIELLES DE LA RÉSERVE DE LOI

L'effectivité de la réserve de loi dépend de la prise en considération par les différentes juridictions de son existence et de son ampleur. S'agissant du Conseil constitutionnel, il a pu être observé que dès 1967, cette juridiction a consacré le caractère indisponible de la compétence parlementaire constitutionnelle. Concernant le Conseil d'État, certains auteurs ont pu constater qu'il ne laissait pas produire, dans certains cas, toutes ses potentialités à la réserve de loi⁶³². C'est déjà ce que l'on a pu examiner relativement à la reconnaissance d'un pouvoir d'organisation interne à l'Administration⁶³³, mais en réalité ceci s'intègre à un mouvement plus large qui laisse subsister des zones de compétence réglementaire, malgré la réserve de loi, légitimant ainsi la non intervention législative dans ces secteurs.

Contrairement à la « réserve réglementaire », ces limites à la réserve de loi ne sont pas d'ordre institutionnel, mais résultent de la méconnaissance, parfois contrainte, par le juge administratif de la réserve de loi.

Deux hypothèses peuvent être considérées. D'une part, le maintien d'un pouvoir de police *praeter legem* heurte directement la Constitution ; d'autre part, la théorie de la loi-écran, même si elle n'a pas la portée que d'aucuns lui accordent, permet la validation d'actes réglementaires pris sur le fondement d'une loi autorisant la pénétration au sein d'une réserve de loi.

Section I

LA VALIDITÉ *CONTRA CONSTITUTIONEM* DES HABILITATIONS LÉGISLATIVES

La théorie de la loi-écran apparaît comme un élément important du contentieux administratif. Concrètement, elle permet de résoudre l'interrogation sur la priorité à accorder, au sein du bloc de légalité, entre une loi et une norme de valeur supérieure contradictoire, pour l'appréciation de la légalité d'un acte administratif édicté conformément à cette loi. Ainsi, un règlement pris pour l'application d'une loi, peut-il être contrôlé par rapport à un traité international ou à la Constitution ? L'écran législatif détermine la solution du rapport triangulaire entre le règlement, la loi et un acte juridique hiérarchiquement plus élevé. La présence d'une loi s'intercalant entre le règlement et celui-ci, modifie les données

632 Cf. L. FAVOREU, « Le Conseil d'État défenseur de l'Exécutif », contribution aux *Mélanges Boulouis*, op. cit., p. 237-255.

633 Cf. *supra*.

de l'examen contentieux de la norme émanée de l'Exécutif. En effet, contrôler l'acte réglementaire par rapport à la règle *supra*-législative aboutit à apprécier la régularité de la loi par rapport à celle-ci : dans le cas où le règlement ne fait que développer les prescriptions législatives, apprécier sa validité face à un engagement international ou à la Constitution conduit nécessairement, par transitivity, à porter un jugement sur la compatibilité de la loi avec la norme supérieure. Il en résulte que l'examen du moyen fondé sur l'antagonisme entre le règlement et la Constitution ou un engagement international implique l'appréciation de la régularité de l'acte législatif qui le fonde. Or, dans la conception française traditionnelle du rôle du juge, ce dernier ne peut remettre en cause, d'une façon ou d'une autre, même indirectement, la volonté du législateur. En témoigne l'interdiction pour le juge ordinaire de s'assurer de la constitutionnalité des lois ⁶³⁴.

C'est dans cette perspective que s'inscrit la théorie de la loi-écran. Celle-ci se manifeste par l'impossibilité d'invoquer, à l'encontre d'un acte administratif d'application d'une loi, un moyen fondé sur la violation de la Constitution ou d'un traité international ; cet acte ne peut voir discuter sa légalité que par référence à la loi dont il développe les prescriptions. Seuls sont invocables des moyens fondés sur cette loi : la loi fait écran entre le règlement et les textes *supra*-législatifs.

Si à l'origine, le champ d'intervention de la loi-écran couvrait à la fois, les normes internationales et constitutionnelles, il se cantonne désormais à ces seules dernières. Effectivement, depuis l'arrêt du 20 octobre 1989, *Nicolo* ⁶³⁵, le Conseil d'État, rejoignant la Cour de cassation, accepte de faire prévaloir l'engagement international sur la loi, même postérieure ⁶³⁶. Ceci a pour conséquence que le règlement d'application peut désormais être invalidé pour le motif qu'il contrevient à un engagement international, et ce même si l'incompatibilité procède en réalité de la loi. Dans ce cas, la loi n'est plus le seul référent pour le contrôle de la norme édictée par l'Exécutif, les juridictions ordinaires acceptant d'examiner le moyen fondé sur « l'inconventionnalité » du règlement d'exécution. Et en cas d'incompatibilité entre ces deux normes, elles n'hésitent pas à faire triompher l'engagement international, quitte à se prononcer ainsi implicitement sur la régularité de la loi servant de fondement à l'acte réglementaire. La présence d'une loi s'interposant entre règlement et traités internationaux ne constitue plus un obstacle à l'intégration de ceux-ci au sein du bloc de légalité pour le contrôle des actes administratifs.

Subsistent seulement en tant que « domaine propre » de la loi-écran, les moyens reposant sur la violation de la Constitution par un acte administratif d'exécution. C'est ce qu'exprime de la manière la plus nette le président Odent : « Quand la légalité d'un acte administratif est contestée pour des motifs tirés de la violation de la Constitution, la position du juge administratif est totalement différente selon qu'une loi s'interpose entre la Constitution et cet acte, auquel cas la loi constitue pour le juge un écran infranchissable, et c'est en fonction de la loi seule qu'il apprécie la légalité de l'acte litigieux. Si, au contraire, aucune loi n'est

intervenue en la matière, le juge administratif apprécie directement par rapport à la loi constitutionnelle la légalité discutée devant lui de l'acte administratif » ⁶³⁷.

La technique de la loi-écran est susceptible de concerner l'ensemble des règles constitutionnelles, qu'elles soient de fond ou de forme. En particulier, les normes délimitatrices des compétences entre la loi et le règlement, certainement pertinentes pour juger de la compétence de l'auteur d'un acte administratif, peuvent souffrir de cette théorie. Ainsi, l'application de la réserve de loi par le juge ordinaire risque d'être affectée par la loi-écran. C'est ce lien qui justifie son examen dans le cadre de cette étude, l'objet étant de déterminer en quoi l'écran législatif perturbe la mise en œuvre de la réserve de loi.

D'ores et déjà, il n'est pas certain que le recours à la loi-écran soit aussi systématique que pourrait le laisser penser la simple énonciation de son mécanisme. Pris dans une dynamique de déclin ⁶³⁸, cette théorie ne refléterait que partiellement le droit positif ⁶³⁹. On va donc tenter de cerner le champ d'application de la loi-écran, vis-à-vis des règles constitutionnelles définissant le domaine du législateur. Il s'en dégage que si cette théorie est applicable à certains renvois législatifs, les convertissant ainsi en de véritables habilitations, elle ne devrait pas être appliquée aux renvois antérieurs à la Constitution qui s'en remettent trop largement au pouvoir réglementaire.

§ 1 - LE JEU DE LA LOI-ÉCRAN DANS LA DÉLIMITATION DES COMPÉTENCES

L'utilisation de la théorie de la loi-écran relativement aux normes constitutionnelles répartitrices des compétences entre l'Exécutif et le législateur se produit toujours au détriment du champ d'intervention parlementaire. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le législateur commet une « incompétence négative » en abandonnant au Gouvernement la détermination des normes dans une matière que la Constitution attribue pourtant aux organes législatifs. Le règlement pris sur ce fondement est alors confronté à la seule loi, indépendamment d'une éventuelle violation de la Constitution. La couverture de la loi permet alors à l'acte réglementaire d'échapper à la censure. Cette théorie est donc avant tout protectrice du règlement.

Ce faisant, elle a pour conséquence d'autoriser le pouvoir réglementaire à intervenir au sein du domaine de compétence de la loi, en contradiction avec la répartition constitutionnelle ; on est alors en présence d'une véritable habilitation. Obligé d'appliquer cette loi inconstitutionnelle, le juge peut néanmoins l'interpréter strictement afin d'en limiter la portée. C'est cette volonté d'interpréter la loi comme n'ayant pas entendu déroger à la séparation constitutionnelle qui réduit la loi-écran à un rôle plus modeste que ce qu'il n'y paraît.

634 Cf. pour les juridictions administratives, CE 6 novembre 1936, *Arrighi*, *Rec.* p. 966 et pour les juridictions judiciaires, Crim. 14 avril 1992, *Zambeaux*.

635 *Rec.* p. 190 ; *GAJA*, n° 117.

636 C'est d'ailleurs par ce seul aspect que l'arrêt *Nicolo* apparaît comme un revirement de jurisprudence, le Conseil d'État ayant toujours admis de faire triompher le traité sur la loi antérieure, en vertu du critère de la *lex posterior* ; Cf. conclusions N. QUESTIAUX sur CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, *AJDA* 1968, p. 235.

637 *Contentieux administratif*, coll. Les Cours de droit, IEP Paris, 1977, p. 232 et 233.

638 Cf. E. NÉGRIER, « Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle : l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel », *RDP* 1990, p. 767-799.

639 Comme devait le démontrer le doyen FAVOREU, in « les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987, p. 871-887.

A. - La loi-écran implique l'habilitation législative

Dans de nombreuses espèces, l'argument fondé sur la méconnaissance, par un règlement d'exécution, de la compétence législative constitutionnellement reconnue a été invoqué. Le raisonnement suivi par la juridiction administrative (juge de droit commun des actes réglementaires) pour répondre à ce moyen est toujours le même. Est d'abord vérifié que l'acte réglementaire n'a pas excédé les limites de la tâche impartie au Gouvernement par la loi. L'analyse porte sur le caractère exécutif du règlement, c'est-à-dire sur le caractère *intra legem* de ses dispositions. Cette filiation établie, le moyen fondé sur la violation de la réserve de loi, donc sur l'incompétence constitutionnelle de l'auteur du règlement est déclaré inopérant. Ceci signifie que, même fondé, il n'est pas de nature à être discuté au contentieux.

La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer à de nombreuses reprises la validité de ce raisonnement, développé dès l'arrêt *Daunizeau*, du 27 janvier 1961⁶⁴⁰. Ayant à juger de la prétendue contrariété entre l'article 34 de la Constitution et un décret du 22 décembre 1958, pris en application des articles 2 et 8 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, relative à l'organisation judiciaire, le Conseil d'État se borne à constater que « 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 ». Implicitement, il considère que le moyen n'est alors pas invocable.

Par la suite, la jurisprudence issue de cet arrêt devait se voir constamment confirmée par une série de décisions⁶⁴¹. Incontestablement, le droit positif reconnaît l'existence de cas dans lesquels la loi-écran est susceptible de s'appliquer, écartant l'argument de l'inconstitutionnalité du règlement, par la seule vérification de son caractère *intra legem*.

La conséquence immédiate de cette théorie réside dans la possibilité pour l'Exécutif de méconnaître la répartition constitutionnelle des compétences, dès lors qu'il peut s'abriter derrière une loi. En pratique, cette jurisprudence administrative aboutit à délier le Gouvernement de son obligation de respecter le mécanisme répartiteur, dont le pivot est constitué par les articles 34 et 37 de la Constitution. Celui-ci peut tout à fait intervenir sur le domaine législatif, à condition qu'une loi l'y ait préalablement invité, sans encourir de ce fait aucune censure. Il suffit que les mesures réglementaires s'intègrent dans le cadre imparti par les dispositions législatives, bénéficiant ainsi de l'écran qu'elles forment. La

640 Rec. p. 57 ; AJDA 1961, p. 75, chronique GALABERT et GENTOT.

641 Voir, entre autres : 18 novembre 1964, *Martin*, Rec. p. 557 ; 16 juin 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, JCP 1967, II, 15303, conclusions Galmot ; 4 juillet 1973, *Lemaire et ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, Rec. p. 461 ; 4 mai 1979, *Département de la Savoie*, Rec. p. 185 ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. p. 33, RDP 1984, p. 212, note J.-M. AUBY ; 21 octobre 1983, *SA General Motors France*, Rec. T., p. 588 ; 7 février 1986, *Association FO consommateurs et autres*, Rec. p. 31 ; 11 juillet 1986, *Caisse centrale de secours mutuels agricole*, Rec. p. 203, *Droit social* 1986, p. 795 conclusions B. Lasserre ; 25 juillet 1986, *Fédération nationale de la mutualité française*, Rec. T., p. 343 ; 5 novembre 1986, *Ville de Paris*, Rec. T., p. 342 ; 16 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants de médecine*, Rec. p. 311 ; 7 octobre 1988, *Fédération autonome des transports*, Rec. p. 333 ; 27 octobre 1989, *Cottrel*, Rec. p. 215 et du même jour, *Fédération CGT des services publics*, Rec. p. 209 ; 26 octobre 1990, *Union des sociétés d'assurance du secteur privé*, requêtes n° 72641 et 72642 ; 17 mai 1991, *Quintin*, RDP 1991, p. 1429, conclusions R. Abraham : « l'argumentation tirée de la violation de l'article 34 doit être écartée comme inopérante, puisque la loi qui fonde la compétence réglementaire fait en tout état de cause écran » ; 26 mai 1993, *Conseil national de l'ordre des pharmaciens*, DA 1993, n° 400 ; 17 juin 1994, *Société continentale foncière et mobilière*, Rec. p. 321. A contrario, 27 novembre 1964, *UNAF*, Rec. p. 587, *Droit social* 1965, p. 327, conclusions G. Braibant ; 21 février 1973, *Sieur Sardier*, Rec. p. 165. De façon générale, voir *Jurisclasser administratif*, Fascicule 106, n° 33 et s.

loi s'analyse alors en une habilitation, dans la mesure où elle est une condition nécessaire de l'intervention réglementaire sur ce secteur. Renonçant à sa compétence, le législateur vient autoriser le Gouvernement à substituer sa propre réglementation ; autrement, toute tentative de réglementation gouvernementale spontanée se heurterait aux dispositions constitutionnelles impartissant une réserve de loi. Grâce à cette habilitation, l'Exécutif voit augmenter l'espace sur lequel il lui est possible d'étendre ses capacités normatives, au-delà de ce que lui attribue la Constitution et donc en violation de celle-ci. C'est le principal effet de la théorie de la loi-écran que d'empêcher qu'une inconstitutionnalité soit sanctionnée. Elle a pour conséquence la plus importante de permettre au juge d'ignorer l'inconstitutionnalité éventuelle de la loi renvoyant trop largement à l'Exécutif, sans conditionner les pouvoirs en résultant. Mais en fait, il est possible de distinguer la portée de la loi-écran selon que le renvoi opéré est ou non conforme à la Constitution.

La portée utile de l'écran législatif est concrètement restreinte à l'hypothèse où la loi appelle de façon inconstitutionnelle l'intervention du règlement, en lui ouvrant son champ de compétence. Dans le cas où le renvoi de la loi est conforme aux impératifs constitutionnels, la théorie n'a pas lieu de jouer, puisqu'alors la loi ne fait que mettre en œuvre la définition constitutionnelle du domaine réglementaire, si bien qu'en appliquant la loi, le règlement ne contredit pas la Constitution. L'écran ne concerne pas véritablement les renvois législatifs, mais produit plutôt ses effets à propos de ceux qui pourraient s'analyser en de véritables habilitations, par essence même, inconstitutionnelles sous la V^e République, en dehors de la procédure de l'article 38 de la Constitution⁶⁴². Il ne s'applique incontestablement que lorsqu'existent d'une part des rapports de conformité entre la loi et le règlement et de non conformité entre la loi et la Constitution d'autre part. Ceci explique que la loi-écran soit intimement liée au concept d'habilitation législative auquel il assure une certaine pérennité.

C'est ce champ d'application qui permet d'expliquer la logique sur laquelle repose la théorie de la loi-écran. Pour le professeur Chapus, la position du Conseil d'État procéderait moins d'une volonté délibérée que de l'impossibilité dans laquelle se trouve le juge ordinaire de dénoncer, à travers la censure des décrets d'exécution, l'inconstitutionnalité de la loi⁶⁴³. C'est ce qu'exprimait, dès 1961, le commissaire du Gouvernement Kahn dans ses conclusions sur l'arrêt *Daunizeau*. Constatant l'incompétence du juge administratif pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois, le conseiller d'État se résigne à énoncer que si « le législateur a normalement habilité le Gouvernement à régler certaines questions, ... dans ce cas le règlement d'application peut faire plus que le règlement ordinaire et, notamment, il peut intervenir dans le domaine de la loi »⁶⁴⁴. C'est cette justification qu'avance aussi le Conseil d'État dans certains arrêts mettant en œuvre l'écran législatif. Par exemple, dans la décision du

642 Cf. *supra*.

643 *Droit administratif général*, Domat-Monchrestien, 5^e éd., 1990, T. 1, n° 709, p. 452 ; dans le même sens, voir J.-C. VENEZIA, « Les mesures d'application », contribution aux *Mélanges R. Chapus*, Monchrestien, 1992, p. 676 ; J.-M. AUBY, note précitée sous CE 2 février 1983.

644 Conclusions non publiées. Citées par J.-M. DUFFAU, *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé*, thèse, Rennes, dactyl., 1965. Par la suite, ce raisonnement devait être réitéré dans les conclusions du même auteur sur l'arrêt du 7 mai 1971, *Sieur Joseph Rivière* (Rec. p. 331 ; AJDA 1971, p. 609) : « Vous n'avez pas à contrôler la constitutionnalité des lois et vous devez donc prendre les délégations législatives telles qu'elles sont ».

2 février 1983⁶⁴⁵, après avoir constaté que le décret déferé n'outrepasse pas les limites de l'habilitation conférée au Gouvernement par la loi du 19 juin 1979, il en déduit « que, dès lors, le moyen tiré par l'union requérante de ce que les articles 5 à 14 du décret du 29 octobre 1980 seraient contraires aux articles 34 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui tend nécessairement à faire apprécier par le juge administratif la conformité à la Constitution de l'article 4 de la loi du 19 juin 1979, n'est pas au nombre de ceux qui peuvent être utilement invoqués devant le juge administratif ». C'est déjà cette idée qu'avancait le commissaire du Gouvernement Tardieu dans ses conclusions sur l'arrêt du 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*. Préfigurant la théorie de l'écran législatif, il écrivait que : « toutes les fois que le législateur, en enjoignant au pouvoir exécutif de faire un règlement pour compléter une loi déterminée, dispose en termes exprès⁶⁴⁶ que, dans ce règlement, le Gouvernement pourra fixer des pénalités, poser des règles de compétence, établir un impôt, toutes choses qu'il ne pourrait faire en vertu de ses pouvoirs normaux, nous estimons que cette disposition s'impose à tout le monde et doit être obéie. Elle doit être exécutée : ... par les tribunaux qui, n'ayant pas à vérifier la constitutionnalité des lois, doivent faire appliquer toutes les dispositions édictées par le pouvoir législatif »⁶⁴⁷. Cette jurisprudence permet au Gouvernement de « pénétrer par décret dans le domaine législatif », l'acte réglementaire pris pour l'exécution de la loi pouvant comporter « toutes les mesures nécessaires à cette exécution, même si ces mesures dépassent les limites du pouvoir réglementaire telles qu'elles résultent de l'article 34 »⁶⁴⁸. Elle aboutit à opérer une distinction entre les règlements pris sur le fondement d'une loi et ceux intervenus *praeter legem*. Tandis que ceux-ci seront contrôlés directement à la Constitution, aucune loi ne s'interposant avec la norme suprême, ceux-là ne pourront être confrontés à la réserve de loi, et pourront donc empiéter sur les matières législatives. En conséquence, pour le Conseil d'État, le pouvoir réglementaire a un double fondement : d'un côté, il existe un domaine réglementaire défini par l'article 37 de la Constitution ; de l'autre, la loi configure un espace normatif ouvert au Gouvernement et totalement indépendant de la délimitation constitutionnelle⁶⁴⁹. Le pouvoir réglementaire aurait ainsi deux champs d'intervention distincts : l'un résulterait de la délimitation opérée par la Constitution, l'autre serait la conséquence d'une délimitation législative. Si, en principe, ce sont les dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution qui déterminent l'étendue du pouvoir réglementaire, c'est « sous réserve d'une habilitation donnée par un texte d'ordre législatif au Gouvernement d'empiéter sur le domaine de la loi »⁶⁵⁰. Ce n'est pas le moindre effet de cette jurisprudence que de consacrer la dualité du pouvoir réglementaire.

Ce double fondement du pouvoir réglementaire ressort nettement de l'attitude du Conseil d'État. Saisi d'un acte réglementaire outrepassant le cadre du renvoi législatif, la Haute juridiction administrative vérifie, à titre subsidiaire, qu'il ne puisse se rattacher à l'article 37 de la Constitution. Comme le relève le

645 Précitée.

646 Souligné par nous. On verra tout à l'heure l'importance de cette incise.

647 S 1908-3-4.

648 F. LUCHAIRE, commentaire sous l'article 34 de la Constitution, in *Analyse et commentaires* sous la direction de G. Conac et F. Luchaire, Economica, 2^e éd., 1979, p. 754.

649 Cf. F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA* 1979, n° 6, p. 10.

650 R. ODENT, *op. cit.*, p. 350.

doyen Favoreu⁶⁵¹, cette possibilité de substitution de base légale est parfaitement mise en lumière dans l'arrêt *Association républicaine des anciens combattants et victimes de guerre*, du 29 janvier 1965⁶⁵². Suivant les conclusions de son commissaire du Gouvernement, l'Assemblée du contentieux, après avoir énoncé que l'Exécutif avait, par le décret contesté, excédé les pouvoirs qu'il tenait de l'article L. 35 bis du Code des pensions militaires d'invalidité, considère « qu'il y a lieu de rechercher si, en vertu des pouvoirs propres qu'il tient de l'article 37 de la Constitution dans les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, le Gouvernement n'était pas compétent pour édicter les dispositions... du décret attaqué ». Ce raisonnement montre bien que le Conseil d'État distingue entre deux domaines réglementaires et qu'en tout cas, la loi peut définir un espace ouvert au règlement, sans considération des normes constitutionnelles pertinentes. Déjà, en 1961, dans l'arrêt *Daunizeau*⁶⁵³, le Conseil d'État avait envisagé que le champ du règlement pris sur habilitation législative diffère de celui inhérent au règlement pris sur le fondement de l'article 37. Il affirmait en effet que les dispositions du décret attaqué, « en admettant même qu'elles ne constituent pas toutes des modalités d'application de l'ordonnance du 22 décembre 1958, ont pu être légalement prises par le Gouvernement en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 37 ».

La théorie de la loi-écran entraîne *de facto* la consécration de la loi en tant que source autonome du pouvoir réglementaire. Elle reconstruit la discrimination entre les règlements pris en exécution de la loi, dont la seule limite réside dans le respect du cadre législatif, et ce, fût-ce au prix d'un empiètement sur la réserve de loi, et les règlements pris pour l'exécution de la loi, fondée sur la Constitution et édictés dans les limites imparties au pouvoir réglementaire. L'un comme l'autre sont des règlements exécutifs de la loi, dans la mesure où ils développent les prescriptions législatives, mais l'un intervient spontanément, tandis que l'autre s'appuie sur une habilitation législative, permettant l'élargissement des capacités d'action du règlement. D'après le Conseil d'État, il existe donc deux types de règlements d'exécution, l'un puisant sa source dans la loi, l'autre se fondant sur la Constitution. Si pour celui-là, la loi fait écran d'avec la Constitution, empêchant tout contrôle par rapport aux articles 34 et autres, définissant la réserve de loi, les règlements outrepassant le cadre de l'habilitation législative sont eux dépendants de l'espace réglementaire délimité par l'article 37. En effet, pour le Conseil d'État, cet article définit le domaine constitutionnellement reconnu au règlement en permettant une répartition verticale entre la loi et le règlement. Comme le Conseil constitutionnel, la Haute juridiction administrative admet que les règlements pris au titre de l'article 37 soient des règlements d'application de la loi. La démarche initiée par l'arrêt *Association républicaine des anciens combattants* démontre que ces actes, loin d'être *praeter legem*, voient leur contenu strictement dépendant des prescriptions législatives qu'ils ne font que développer. Il ne s'agit pas de règlements autonomes dans la mesure où l'on entend cette notion comme excluant toute loi préalable ; leur seul élément d'autonomie réside dans l'impossibilité de déterminer un renvoi législatif sur lequel ils se basent, puisque par hypothèse, les règlements confrontés à l'article 37 dépassent le cadre imparti par les « habilitations » législatives.

651 « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 881.

652 *AJDA* 1965, II, 269, conclusions Dutheil de Lamoignon.

653 Précitée.

Mais on voit là que la logique du Conseil d'État contient en elle-même ses propres limites. Effectivement, si la théorie de la loi-écran implique la dualité du pouvoir réglementaire, cette dualité oblige la vérification successive de la possibilité de rattacher l'acte déferé à l'une au moins des deux sources du pouvoir réglementaire. Tel est, comme on vient de le décrire, le raisonnement du Conseil d'État. Dans ces conditions, lorsque l'acte gouvernemental outrepassa l'habilitation, il est vérifié s'il n'est pas possible de le rattacher à l'article 37 de la Constitution. C'est bien qu'alors, la loi ne fait plus écran, puisque le règlement, malgré son caractère *secundum legem*, fait l'objet d'une appréciation de constitutionnalité. Ainsi, il est tout à fait possible d'affirmer que la loi-écran ne joue pas pour la totalité des règlements exécutifs⁶⁵⁴. Générant intrinsèquement l'habilitation législative, cette théorie voit ses effets limités à cette habilitation, puisqu'en dehors d'elle, la potentialité d'un examen de la constitutionnalité de l'acte demeure.

Donnée incontestablement du droit positif, l'écran législatif est en réalité limité à l'hypothèse d'une habilitation législative. Et encore, ceci n'est-il vrai qu'à partir d'un certain seuil, les renvois opérés par le législateur étant interprétés conformément à la Constitution, lorsque cela est possible.

B. - L'application limitée de la loi-écran

Comme on a pu le voir, l'application de la loi-écran ne se justifie que dans et par les cas d'inconstitutionnalité de la loi renvoyant au règlement. Contraint d'appliquer la loi, même inconstitutionnelle, le juge ne peut la censurer indirectement en annulant pour défaut de constitutionnalité, l'acte réglementaire pris sur son fondement. La théorie de l'écran législatif est donc une contrainte subie par les juridictions ordinaires, comme une résultante de l'interdiction de contrôler la constitutionnalité des lois⁶⁵⁵. Cependant, celles-ci ont la possibilité d'interpréter la loi de façon à réduire le plus possible les hypothèses de hiatus avec la Constitution, diminuant d'autant les cas où il est nécessaire de faire appel à la loi-écran. La volonté du législateur est présumée respecter la Constitution.

Cette recherche de la compatibilité entre la loi et la Constitution transparaît à travers les conclusions de commissaire du Gouvernement. Ainsi, le président Braibant, concluant sur les affaires *Caissé nationale de l'Ordre des médecins*⁶⁵⁶ et *Caisse centrale de secours mutuel agricole*⁶⁵⁷, énonce que l'article 20 de l'ordonnance du 30 décembre 1958, autorisant le Gouvernement à prendre les mesures propres à assainir la situation des régimes de Sécurité sociale n'a pu avoir « pour objet de transférer au Gouvernement des compétences réservées au législateur ». En effet, il faut présumer le désir des auteurs de l'ordonnance « de

654 Comme l'avait démontré le doyen FAVOREU, in « Les règlements... », *op. cit.*

655 Et à cet égard, on peut penser que le renforcement de la fréquence du contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel, depuis 1974, est de nature à réduire, de par la jurisprudence sur les incompétences négatives, le nombre de cas d'application de la théorie de l'écran législatif. En effet, toute loi invitant le pouvoir réglementaire à dépasser le cadre imparti par la Constitution sera censurée par le Conseil. Seules seront validées des lois pour lesquelles il n'y aura pas lieu d'invoquer cette théorie, considérant que les renvois réglementaires qu'elles contiennent concerneront bien le domaine réglementaire, tel que défini par l'article 37. Néanmoins, l'écran législatif, même amoindri, subsistera, compte tenu du caractère non systématique du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel et de l'impossibilité (sauf hypothèse de la jurisprudence issue de la décision 85-187 DC) d'examen des lois déjà promulguées.

656 CE, 13 juillet 1962, *RD* 1962, p. 739-773, conclusions Braibant.

657 CE, 27 novembre 1964, *Rec.* p. 587, *Droit Social* 1965, p. 329-336, conclusions Braibant.

respecter la répartition des pouvoirs que venait d'établir la nouvelle Constitution »⁶⁵⁸. Le renvoi législatif doit donc être lu conformément à la répartition constitutionnelle entre la loi et le règlement. La notion de « mesures propres à assainir la situation des régimes de Sécurité sociale » doit s'entendre des seules mesures relevant, en vertu de la Constitution, du pouvoir réglementaire. Il serait inconcevable que « trois mois après l'adoption de la Constitution, le Gouvernement, investi provisoirement du pouvoir législatif, (l'ait) dans ce domaine, vidée de tout son sens et de toute portée »⁶⁵⁹. Censé respecter la Constitution, le législateur doit être considéré comme se conformant à l'obligation constitutionnelle qui lui est faite d'exercer la plénitude de sa compétence, imposée par la réserve de loi. Alors, le renvoi législatif doit être interprété, non comme un transfert de compétence, mais comme une simple invitation au pouvoir réglementaire d'agir dans son domaine, et il n'y a pas lieu de faire référence à la théorie de l'écran législatif. Mais ces principes ne sont pas valables qu'en l'absence d'une manifestation ferme et précise du législateur d'autoriser le Gouvernement à empiéter sur le domaine de la loi. Il est des cas dans lesquels l'interprétation est incapable de réduire l'inconstitutionnalité parce que le législateur a expressément habilité le règlement à intervenir sur la réserve de loi. C'est seulement devant une intention législative indiscutable que le juge doit s'incliner et recourir à la loi-écran pour refuser de contrôler les actes administratifs vis-à-vis de la Constitution, comme l'admet le conseiller Braibant dans ses conclusions⁶⁶⁰.

Cet objectif de mise en compatibilité de la loi avec la Constitution, lorsque du moins la marge d'appréciation laissée par le texte législatif le permet, démontre non seulement que la théorie de l'écran législatif est résiduelle (puisque limitée aux hypothèses où la loi ne peut être rendue conforme par l'interprétation), mais encore que le Conseil d'État la subit (comme conséquence du non contrôle de la constitutionnalité des lois), plus qu'il ne la suscite (puisque'il cherche au contraire à en limiter les cas d'application).

L'attitude du président Braibant n'est pas isolée, puisque déjà auparavant, d'autres commissaires du Gouvernement avaient développé cette doctrine. Ainsi, le doyen Favoreu cite⁶⁶¹ les conclusions rendues sur l'arrêt du 4 novembre 1960, *Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union française et autres*⁶⁶². Pour M. Bernard, le renvoi contenu dans l'ordonnance du 17 octobre 1958 n'est pas censé autoriser, en l'absence de disposition expresse, le Gouvernement à prendre des mesures d'ordre législatif, les auteurs de l'ordonnance à valeur législative n'ayant certainement pas eu l'intention de méconnaître la répartition constitutionnelle des compétences.

Reprenant cette idée, le conseiller Kahn, tout en admettant que ce que la loi a délégué sans ambiguïté appartient au Gouvernement, considère que « pour ce qui n'est pas clair, il y a lieu d'interpréter, non pas la loi, mais la Constitution, ou, si l'on préfère, la loi doit être interprétée dans un sens conforme à la

658 Conclusions précitées sur CE 13 juillet 1962, p. 749.

659 Conclusions précitées sur CE 27 novembre 1964, p. 331.

660 Ainsi, dans les deux espèces, l'article 20 de l'ordonnance de 1958, après avoir énoncé les pouvoirs généraux du Gouvernement, prévoyait la possibilité de prendre certaines mesures délimitées par voie réglementaire. Pour le président Braibant, c'est « seulement dans les cas qu'il énonce avec précision que l'article 20 permet au Gouvernement d'empiéter sur le domaine de la loi » (conclusions précitées sur CE 27 novembre 1964, p. 332).

661 In « les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 876.

662 *Rec.* p. 597, conclusions M. Bernard.

Constitution »⁶⁶³. Corrélativement, l'inconstitutionnalité que représente assurément la possibilité pour le règlement d'intervenir dans les matières réservées à la loi doit être interprétée de façon restrictive : si le législateur « a délégué ce qui, en vertu de l'article 34, est du domaine de la loi, un règlement d'administration publique ne pourra le faire que dans les limites expressément fixées par la délégation, c'est le moindre des égards qu'on doit à la Constitution de la République »⁶⁶⁴. On retrouve là la considération selon laquelle c'est seulement dans les strictes limites de l'habilitation qu'existe la possibilité de déroger à la répartition constitutionnelle, et que joue en conséquence la loi-écran. Autrement dit, le règlement spontané d'exécution, édicté sans aucun renvoi législatif, ne bénéficie pas de cette théorie. La jurisprudence confirme cette restriction que laissait entrevoir la décision *Association républicaine des anciens combattants*⁶⁶⁵. Ainsi, dans un arrêt du 12 mars 1965, *Fédération des Chambres syndicales de négociants importateurs de la métallurgie et de la mécanique*⁶⁶⁶, la Section du contentieux vérifie que le décret attaqué s'est borné à développer l'article L 35 du Code des Douanes, en précisant les règles d'assiette telles qu'elles ont été fixées par le législateur, sans en modifier le caractère, ni en étendre la portée ; qu'ainsi « la fédération requérante n'est pas fondée à soutenir que les auteurs du dit décret auraient empiété sur le domaine réservé à la loi par l'article 34 ». Plus récemment, le Conseil d'État a eu l'occasion de réitérer cette jurisprudence, par un arrêt du 11 décembre 1991, *Département du Val de Marne et département de la Seine-Saint-Denis*⁶⁶⁷. En instituant l'obligation pour les départements requérants de payer par acomptes leur contribution aux dépenses de fonctionnement de la brigade des sapeurs pompiers de Paris, le pouvoir réglementaire s'est borné à mettre en œuvre l'article L 393-3 du Code des Communes, prévoyant le principe d'une telle contribution, sans modifier ou étendre la portée de celui-ci. Ainsi, le Gouvernement n'a pas empiété sur le domaine réservé à la loi par l'article 34. Dans cette espèce, le décret déféré, édicté sans aucun renvoi⁶⁶⁸, est confronté directement à la répartition constitutionnelle qui postule une séparation verticale entre la loi et le règlement : s'il « n'appartenait, en vertu de l'article 34 de la Constitution, qu'au législateur d'imposer aux départements, ..., de supporter, en partie la charge de la brigade..., il appartient au pouvoir réglementaire d'assurer, dans les limites prévues par la loi, la mise en œuvre des mesures prises par le législateur ».

Il n'est pas jusqu'à la Cour de cassation qui n'accepte de contrôler les règlements spontanés d'exécution par rapport à l'article 34. Dans l'affaire de la légalité de la vignette automobile⁶⁶⁹, la Chambre commerciale confronte une circulaire du ministre de l'Équipement⁶⁷⁰, définissant les paramètres de calcul de

663 Conclusions sur CE, 7 mai 1971, précitée ; *AJDA* 1971, II, p. 612.

664 *Ibid.*

665 Dans laquelle les décrets excédant l'habilitation sont confrontés directement à l'article 37.

666 *Rec. p. 165*.

667 *Rec. p. 425. AJDA* 1992, p. 307, obs. X. Pretot.

668 L'article 38 de la loi du 10 juillet 1964 ne pouvant trouver application – comme devait le souligner le commissaire du Gouvernement et X. Pretot dans ses observations –, puisqu'il ne renvoie au décret en Conseil d'État que pour la détermination des services donnant lieu à une contribution obligatoire des départements concernés.

669 Pourvoi n° 90-70 505X, affaire *DGI c/ Lovaert*, *JCP* 1993, II, 218, note N. VAN TONG ; *RJF* 1993, n° 756 ; *Bull. civ. IV*, n° 141, p. 95.

670 Dont le Conseil d'État a d'ailleurs admis la valeur réglementaire par l'arrêt *Séguéla* du 20 mars 1992, *Rec. p. 125*. Ce refus de considérer cette circulaire comme simplement interprétative (au sens de la jurisprudence CE, 29 janvier 1954, *Notre Dame du Kreisker*), témoigne de son

la puissance fiscale des véhicules automobiles, à l'article 34 de la Constitution prévoyant que l'assiette de l'impôt ressort à la compétence législative. Relevant que « la loi du 31 décembre 1987 se borne à fixer le nouveau barème de la taxe différentielle sur les véhicules à moteur, sans énoncer de règles en ce qui concerne la détermination de l'élément de l'assiette de cette taxe constituée par la puissance fiscale des véhicules ; que le ministre de l'Équipement n'avait donc pas le pouvoir de fixer de nouvelles règles sur ce point », la Cour constate l'illégalité de la circulaire et refuse de l'appliquer. Cette motivation laisse transparaître que pour la Haute juridiction judiciaire, le législateur a insuffisamment exercé sa compétence par la loi du 31 décembre 1987. Implicitement, elle considère que le Parlement a commis une incompétence négative, même s'il n'a pas inséré de renvoi⁶⁷¹. Mais ce n'est pas au Gouvernement de pallier les carences de la loi en empiétant sur la réserve de loi. Ici encore, la validité de l'acte réglementaire est appréciée par rapport à la Constitution, malgré la présence d'une loi qui motive l'intervention réglementaire.

Cette jurisprudence relative à la non applicabilité de la loi-écran aux règlements spontanés d'exécution témoigne de la volonté du juge ordinaire de limiter l'emploi de cette théorie.

En l'absence de renvoi, l'intention du législateur étant présumée respecter la Constitution, c'est la norme fondamentale qui définit l'espace d'intervention réglementaire. Il en est ainsi même si le législateur n'a pas exercé la totalité de sa compétence, cette hypothèse ne pouvant permettre de penser que le législateur a alors transféré implicitement le restant de sa compétence au Gouvernement.

Le Conseil d'État ne cantonne pas la limitation du recours à l'écran législatif aux cas où les règlements sont édictés spontanément. Il tente aussi, lorsque c'est possible, d'interpréter le renvoi législatif comme n'ayant pas entendu consacrer une habilitation. Tel est le cas, lorsque celui-ci est suffisamment vague et est consenti en des termes très généraux. Paradoxalement, plus le renvoi est large, moins la théorie de la loi-écran va jouer, la marge d'interprétation du juge étant plus importante. En effet, il est alors plus difficile de configurer une volonté expresse du législateur de renoncer à sa compétence de façon aussi générale. Dès lors que la loi opère un renvoi de façon plus floue, il est toujours possible de suppléer par l'interprétation, aux carences de la loi, et de réduire le degré d'incertitude par la référence aux normes constitutionnelles. À l'inverse, si le renvoi détermine précisément la possibilité, dans un secteur donné, par le pouvoir réglementaire de se substituer au législateur, l'habilitation est incontournable et le juge est obligé de renoncer à confronter le règlement à la Constitution, faisant appel à la loi-écran. À la limite, on peut considérer avec le conseiller Kahn⁶⁷² qu'une clause aussi générale que celle prévoyant que les modalités d'application de la loi ou de telle disposition législative seront établies par voie réglementaire « ne confère aucun pouvoir spécial à l'autorité réglementaire »⁶⁷³.

caractère créateur par rapport aux règles posées par la loi. Pourtant, le juge administratif n'a pas soulevé d'office le moyen de l'incompétence du ministre pour édicter un acte réglementaire sans autorisation législative préalable.

671 On sait en effet qu'il peut exister des incompétences négatives sans renvoi (cf. *supra*). En l'espèce, il faut noter que le Conseil constitutionnel avait eu à connaître de cette loi de finances rectificative dans la décision 239 DC, sans que soit soulevée cette question de constitutionnalité.

672 Conclusions précitées sur CE 17 janvier 1961.

673 Le président Luchaire confirme cette analyse : « lorsqu'une loi charge le Gouvernement de prendre les mesures d'application, cela signifie simplement que ces mesures seront prises dans

Ces prises de position ont, elles aussi, trouvé un écho dans la jurisprudence. Par exemple, dans l'arrêt du 13 juillet 1962, *Sieur Cohen*⁶⁷⁴, le Conseil d'État décide que l'article de l'ordonnance du 7 juin 1959, renvoyant à des décrets le soin de définir les modalités d'application de ladite ordonnance, prévoyant que sont exclus de la qualité d'agents titulaires de la fonction publique française, les personnels ressortissants des territoires sur lesquels la France a contrôlé antérieurement l'exercice de la souveraineté, n'autorise pas un décret à porter atteinte aux garanties fondamentales des fonctionnaires. Le décret déferé avait en effet modifié la situation de ces ex-fonctionnaires, vis-à-vis de leur droit à pension. La Section considère que seule une disposition législative expresse aurait pu opérer cette modification en vertu de l'article 34, le renvoi générique de l'article 5 étant insuffisant à couvrir les mesures édictées. Celles-ci excédant le cadre de ce renvoi, tel qu'interprété conformément à la Constitution, leur légalité peut être appréciée par rapport à la Constitution, la loi ne faisant plus écran. À l'inverse, comme le souligne le Conseil d'État, si une disposition législative précise avait autorisé l'intervention réglementaire, les juges auraient dû s'incliner devant cette habilitation. Les clauses génériques renvoyant l'édition des normes d'application de la loi au pouvoir réglementaire doivent donc être interprétées comme n'emportant pas dérogation à la répartition constitutionnelle. C'est ce que confirme la décision du 27 novembre 1992, *Fédération interco CFDT et autres*⁶⁷⁵. Le Conseil d'État constate que la possibilité pour le Gouvernement de définir les modalités d'application de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984, inclut nécessairement les conditions de mise en œuvre des règles posées par le législateur. Ce faisant, il interprète le renvoi opéré comme respectant la séparation entre la mise en cause de la libre administration des collectivités locales, relevant du législateur en vertu des articles 34 et 72, et sa mise en œuvre, attribuée au pouvoir réglementaire, suivant en cela le Conseil constitutionnel⁶⁷⁶.

De la même façon, l'absence d'écran législatif se vérifie même si la clause d'application concerne non plus l'intégralité du texte législatif, mais un régime législatif déterminé. Dans l'arrêt *Stambouli*⁶⁷⁷, l'article 46 de la loi du 11 juillet 1970, autorisant le Gouvernement à fixer les conditions dans lesquelles des échéances de prêts accordés à des rapatriés pourront être modulés, ne fait pas obstacle à la confrontation des actes édictés sur ce fondement avec l'article 34. Ici encore, la possibilité gouvernementale largement définie, doit s'effectuer dans le respect de la compétence législative, et ne pas porter atteinte, en conséquence, aux obligations civiles et commerciales. Ultérieurement, par la décision du 16 novembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins*⁶⁷⁸,

le cadre du domaine réglementaire, c'est-à-dire dans les limites fixées par l'article 34 », in « Le Conseil... », *op. cit.*, p. 143.

⁶⁷⁴ *Rec.* p. 482.

⁶⁷⁵ *Rec.* p. 426 ; *AJDA* 1993, p. 208, note F.-X. AUBRY.

⁶⁷⁶ Voir en ce sens, F.-X. AUBRY, note précitée, p. 211. Pour un autre arrêt explicite, voir CE, 20 juin 1989, *SA GBA-Berry Loire*, *Rec.* p. 26, dans lequel le Conseil énonce que l'article L 242-2 du Code de la construction, prévoyant que « des décrets en Conseil d'État fixent en tant que de besoin les conditions et modalités d'application des titres précédents » ne permet pas d'attenter à la liberté contractuelle, partie intégrante de la réserve de loi en vertu de l'article 34. Il annule donc de ce chef le décret déferé, pris sur le fondement de cet article. Voir aussi, CE, 17 décembre 1993, *Association mobilisation des infirmiers*, *DA* 1994, n° 78 : Des dispositions touchant aux principes fondamentaux de la sécurité sociale « ne pouvaient être légalement approuvées en l'absence d'une habilitation expresse du législateur ».

⁶⁷⁷ *Rec.* p. 162.

⁶⁷⁸ *Rec.* p. 447.

l'Assemblée admet que si les conditions d'adhésion aux associations de pêcheurs sont fixées par décret en vertu du dernier alinéa de l'article 416 du Code rural, « cette disposition n'autorisait pas le Gouvernement, en l'absence d'une habilitation expresse, à soumettre l'accès à l'exercice de l'activité de pêcheur professionnel à d'autres limitations que celles qui découlent des dispositions de la loi précitée ». Auparavant, le Conseil avait rappelé qu'au nombre des libertés publiques, relevant du législateur en vertu de l'article 34, figure le libre accès à l'exercice de toute activité professionnelle. La possibilité de prévoir les conditions d'application de l'obligation d'adhésion aux associations de pêcheurs ne peut être l'occasion pour le pouvoir réglementaire, dans le silence de la loi, de se substituer au législateur⁶⁷⁹.

Plus généralement, la Haute juridiction administrative a tendance à restreindre tout renvoi imprécis, évitant qu'il ne se transforme en une véritable habilitation, ce qui lui permet de contrôler la validité des actes réglementaires d'exécution (aussi) par rapport à la Constitution. Dans ce cas, la loi étant, dès le départ, présumée conforme à la Constitution, contrôler le règlement vis-à-vis de la norme fondamentale ne pose aucun problème, puisqu'aucun jugement de constitutionnalité implicite ne sera alors effectué sur la loi à l'occasion de ce contrôle. Si le règlement empiète sur la réserve de loi, il outrepassé alors les termes du renvoi législatif censé respecter l'intégrité de cette réserve, si bien que son inconstitutionnalité n'attende pas à la constitutionnalité de la loi. La restriction de la portée du renvoi législatif en considération de la compétence législative, ouvre la possibilité du contrôle constitutionnel de l'acte gouvernemental.

Telle est la voie suivie par le Conseil d'État dans une série d'arrêts, où il admet que la présence d'un renvoi législatif ne fait pas obstacle à la possibilité de contrôler l'acte, édicté dans le cadre de ce renvoi, par rapport à la Constitution, du moment que le législateur est présumé avoir respecté la délimitation constitutionnelle des compétences⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Comme l'écrivent les chroniqueurs de l'*AJDA*, « cet arrêt démontre aussi que, quelle que soit la liberté publique en cause, l'interprétation faite par le juge administratif de l'habilitation législative est stricte » (Chronique Azibert et Boisdeffre, *AJDA* 1989, p. 85). Concrètement, le Conseil annule les conditions relatives à la majorité et à la capacité, parce qu'elles impliquent « des restrictions qui ne sont pas prévues par la loi ». La solution est d'autant plus remarquable que le commissaire du Gouvernement préconisait une interprétation plus laxiste du renvoi, susceptible de permettre de justifier ces conditions réglementaires (cf. conclusions E. GUILLAUME, *RDP* 1989, p. 525). Au contraire, les autres conditions édictées, en tant qu'elles ne sont que des développements des dispositions présentes en germe dans l'article L 416, sont déclarées légales.

⁶⁸⁰ Voir par exemple : CE, 18 janvier 1974, *Confédération française démocratique du travail*, *Rec.* p. 35 : vérification qu'un décret fixant le taux du SMIC, pris conformément aux pouvoirs conférés au Gouvernement par la loi du 2 janvier 1970 n'établit aucun principe fondamental du droit du travail relevant de l'article 34 ; CE, 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers et autres*, *Rec.* p. 182 : vérification du respect par le décret portant organisation et définition du régime intérieur des établissements pénitentiaires, pris sur le fondement de l'article 728 du Code de procédure pénale, du respect de l'article 34 de la Constitution ; CE, 27 juillet 1984, *Union nationale des syndicats français d'architecture*, *Rec.* p. 274 : confrontation d'un arrêté ministériel édicté sur la base des articles L 310-7 et L 243-8 du Code des assurances à l'article 34 ; CE, 13 mars 1992, *Commune des Mureaux*, *AJDA* 1992, p. 442, conclusions Le Chatelier : confrontation d'un décret pris en exécution de l'article 60, XII, de la loi n° 63-156 du 23 février 1963, à l'article 34 ; CE, 17 décembre 1993, *Groupe national des établissements de gérontologie*, *AJDA* 1994, p. 61, conclusions Le Chatelier ; CE, 10 juin 1994, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, *DA* 1994, n° 400 ; CE, 20 décembre 1995, *Conseil national kiné-France*, *AJDA* 1995, p. 139, conclusions Maugué : confrontation de conventions médicales, prises sur le fondement de l'article L. 162-9 du Code de la sécurité sociale à l'article 34.

Récemment, l'arrêt du 21 juillet 1989, *Association des médecins pour le respect de la vie*⁶⁸¹ est venu confirmer la démarche suivie par le Conseil d'État pour contrôler les actes réglementaires par rapport à la Constitution. Le décret du 8 avril 1988, objet du recours, avait soumis à autorisation préalable les activités de procréation médicalement assistée, posant en même temps les conditions de qualification du personnel et d'équipement des locaux des établissements candidats à ce type de manipulations. Il se fondait pour cela sur l'article 45 de la loi du 31 décembre 1970, prévoyant que « les conditions d'implantation, les modalités de fonctionnement et de financement de certains services ou organismes hospitaliers de haute technicité dont les activités de soins et de diagnostic se situent dans des domaines de pointe d'un coût élevé sont fixées par voie réglementaire ». Les requérants contestaient la légalité de ce décret, arguant que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la réglementation des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et l'état des personnes. S'agissant du premier grief, le Conseil d'État se borne à constater que la procréation médicalement assistée correspond effectivement aux critères dénoncés par l'article 45 de la loi de 1970, et qu'en conséquence, le Gouvernement a pu soumettre la création ou le maintien des centres qui la pratiquent à des procédures de contrôle préalable. Aussi, « l'association requérante ne saurait utilement soutenir que les dispositions du décret attaqué empièteraient sur le domaine réservé au législateur par l'article 34 ». Comme le remarque D. Custos, « se référant implicitement à la théorie de la loi-écran, le Conseil d'État n'affirme en réalité que la légalité du décret et n'aborde pas véritablement le problème de sa constitutionnalité »⁶⁸². Mais la Haute juridiction ne s'en tient pas là et vérifie que le décret ne traite d'aucun aspect de la procréation qui relève du législateur, et notamment ne fixe aucune règle concernant l'impact de la PMA sur le droit de la famille et de la filiation. Au contraire, s'agissant d'une simple réglementation technique, elle ressort à la compétence de l'Exécutif. Le commentateur de l'arrêt note que pour l'examen du second moyen, fondé sur un alinéa différent de l'article 34, le Conseil se place plus directement sur le terrain de la constitutionnalité pour examiner la régularité du décret. Dans cette dernière hypothèse, il ne se réfugie pas derrière le renvoi législatif, comme pour l'examen de l'atteinte à la liberté d'entreprise, mais vérifie que le Gouvernement ne s'est pas substitué au législateur, et qu'au contraire, il est bien intervenu sur le domaine réglementaire prévu par la Constitution. C'est ce que confirment les conclusions du commissaire du Gouvernement⁶⁸³. Si le conseiller Stirn recherche l'éventuelle violation par le décret déferé de l'article 34 de la Constitution, il refuse d'examiner le moyen selon lequel seule la loi aurait pu instituer un régime d'autorisation préalable à l'exercice d'une activité professionnelle, considérant que la mesure trouve là sa base légale dans la loi de 1970. Ainsi, le renvoi opéré par ce texte ne s'analyse en une habilitation que dans le cas où la législation l'a expressément prévu, c'est-à-dire que la loi fait écran pour la seule possibilité de mettre en place un régime attentatoire à la liberté professionnelle, pourtant

681 *Rec.* p. 163.

682 Note sous CE 21 juillet 1989, *AJDA* 1991, p. 472. Le Tribunal administratif de Versailles retiendra une solution identique en considérant toutefois qu'un tel régime d'autorisation, portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, et à la liberté d'entreprendre, relève du législateur, « sauf habilitation spéciale » (jugement du 17 octobre 1989, *Sté clinique Pasteur et autres c/ Ministère de la solidarité, de la santé et des affaires sociales*, *AJDA* 1990, p. 50, conclusions X. Prétot).

683 Publiées in *RDP* 1990, p. 279-283.

réservée à la loi⁶⁸⁴. S'agissant des autres aspects de la réserve de loi (et notamment de l'alinéa de l'article 34 concernant l'état des personnes), le renvoi n'ayant conféré expressément aucune faculté normative particulière, il doit s'interpréter en fonction de la délimitation constitutionnelle.

Cette dissociation quant à la possibilité de contrôler un même règlement par rapport aux différents alinéa de l'article 34 est aussi illustrée par un arrêt du 22 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM*⁶⁸⁵. Si les requérants « ne sauraient utilement se prévaloir » à l'encontre du décret déferé des dispositions de l'article 34, renvoyant à la loi la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, c'est parce que l'article L. 423-3 du Code de l'urbanisme habilite le Gouvernement à fixer par décret des règles relatives au placement des fonds disponibles des organismes HLM. À l'inverse, le Conseil d'État accepte de contrôler que ce décret ne méconnaît pas la réserve de loi en matière de création de catégories d'établissements publics. En effet, le renvoi de l'article L. 423-3 n'autorise pas le Gouvernement à ce faire.

Ces arrêts témoignent de la volonté des juges du Palais Royal de limiter le plus possible la portée des renvois législatifs. Obligés de s'incliner devant un texte clair, ils en restreignent les effets en considérant qu'un renvoi ne se convertit pas forcément en habilitation pour l'ensemble des réserves de loi, mais peut très bien n'en concerner qu'une seule.

Dans la même perspective, la loi-écran est susceptible de jouer seulement pour certaines dispositions d'un décret, tandis que d'autres seront contrôlées par rapport à l'article 34. Dans un arrêt du 29 juillet 1994, *Association défense des infirmiers libéraux*⁶⁸⁶, cette théorie est opposée à l'encontre du contrôle de constitutionnalité de l'article 44 du décret du 16 février 1993, le Conseil d'État considérant que celui-ci a été pris dans le cadre de l'habilitation posée par l'article L. 482 du Code de la santé publique. Au contraire, l'absence d'empiètement sur la réserve de loi est vérifiée pour l'article 40 de ce même décret. La couverture offerte par l'habilitation législative est limitée à certaines dispositions décrétales, ce qui amène à dissocier parmi celles-ci l'invocabilité contentieuse de la Constitution.

Finalement, on retrouve l'affirmation du doyen Favoreu pour qui la théorie de la loi-écran, loin d'être la règle est plutôt l'exception⁶⁸⁷. La jurisprudence du Conseil d'État témoigne de sa volonté de réduire, autant que faire se peut, l'interposition de la loi, pour le contrôle de la constitutionnalité de l'acte réglementaire. Tel est le cas lorsque le législateur n'a procédé à aucun renvoi (hypothèse du règlement spontané) ou lorsque ce renvoi est suffisamment imprécis pour donner prise à interprétation. Mais, cette logique trouve sa limite dans l'impossibilité de procéder à une censure constitutionnelle, même indirecte, de la loi.

D'autre part, l'admission contrainte d'une habilitation législative n'implique pas que l'acte réglementaire ne puisse pas être contrôlé sur le fond par rapport à d'autres normes constitutionnelles. Certes, les règles constitutionnelles

684 Et ce d'après une jurisprudence convergente du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Sur ce point, voir D. Custos, *op. cit.*, p. 472.

685 *Rec.* p. 191.

686 *DA* 1994, n° 590.

687 « Les règlements autonomes... », *op. cit.*, p. 877.

délimitatrices des compétences ne sont pas les seules pour lesquelles joue la théorie de l'écran législatif. Mais, transposant la théorie de l'écran transparent du droit international, certains auteurs ont proposé que les lois qui se contentent de poser des règles de compétence, renvoyant la définition des normes de fond au pouvoir réglementaire ne puissent être invoquées pour refuser l'examen de la conformité des actes édictés sur leur base à la Constitution⁶⁸⁸. Telle est la démarche retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt du 17 mai 1991, *Quintin*⁶⁸⁹. Le requérant critiquait l'article R 111.14.1 du Code de l'urbanisme, permettant de refuser un permis de construire au cas où la construction envisagée serait de nature à favoriser une urbanisation dispersée, aux motifs d'une part que l'article 34 réserve à la loi la réglementation du droit de propriété, et d'autre part que les normes établies dénatureraient le contenu de ce droit. Or, cet article se fonde sur l'article L 111.1 du Code de l'urbanisme, prévoyant que la compétence du pouvoir réglementaire pour édicter « les règles générales applicables en dehors de la procédure agricole en matière d'utilisation du sol, notamment en ce qui concerne la localisation, la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions ». Suivant son commissaire du Gouvernement, le Conseil d'État refuse de connaître du moyen fondé sur l'article 34, se bornant à considérer que les mesures déferées ont été prises sur le fondement de l'habilitation de l'article L 111.1. Incontestablement, cette disposition autorise l'Exécutif à régir le droit de propriété. Elle s'analyse donc bien en une habilitation incontournable, et fait écran pour le contrôle du règlement vis-à-vis de l'article 34. Pour autant, le Conseil admet de vérifier que les mesures réglementaires ne sont pas contraires au principe constitutionnel du droit de propriété. Il examine ainsi que l'article R 111.14.1 n'a pas porté une atteinte excessive au droit de propriété. Ceci confirme que l'application de la théorie de l'écran législatif est susceptible de varier en fonction des moyens développés. Si elle permet de couvrir un vice de compétence, elle n'implique pas nécessairement qu'un contrôle au fond de la constitutionnalité de l'acte soit opéré.

Mais, curieusement, cette volonté de limiter le plus possible les cas dans lesquels il est fait appel à la théorie de la loi-écran ne semble pas concerner les renvois contenus dans des lois antérieures à la Constitution.

§ 2 - LA SURVIE DES ANCIENNES HABILITATIONS

S'il est un cas dans lequel le juge administratif contrôle la validité d'une loi par rapport à la Constitution, c'est bien celui des lois antérieures à la Constitution. En effet, les relations entre la loi antérieure et la Constitution ont non seulement un caractère hiérarchique, mais aussi un aspect temporel : la loi fondamentale apparaît comme une *lex posterior* vis-à-vis de toute loi antérieure. Il en résulte la possibilité (et même le devoir) pour tout juge de contrôler le maintien en vigueur de la loi, c'est-à-dire son éventuelle abrogation par la Constitution, en cas d'incompatibilité entre les deux textes.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs implicitement admis la distinction entre le contrôle de constitutionnalité et la vérification du maintien en vigueur

688 Cf. F. MODERNE, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », in *Actes du Colloque sur Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, 21-22 janvier 1988, LGDJ-Monchrestien, Paris, 1988, p. 366.

689 RDP 1991, p. 1429-1430, conclusions Abraham.

d'une loi dans sa décision 85-187 DC du 25 janvier 1985⁶⁹⁰. Et les juridictions administratives acceptent de connaître du moyen contentieux fondé sur l'abrogation implicite de la loi par la Constitution survenue⁶⁹¹.

Ce faisant, la question de la légalité du règlement pris sur le fondement d'une habilitation législative se pose en des termes différents selon que cette habilitation est ou non postérieure à la Constitution. Si dans la première hypothèse, le juge ne peut connaître de la loi, dans la deuxième, il peut vérifier que la loi autorisant l'intervention du pouvoir réglementaire, dont il doit apprécier la validité, n'a pas été abrogée par la nouvelle répartition des compétences prévue par la Constitution. Il s'agit d'une application à un domaine particulier (la répartition des compétences entre la loi et le règlement) du contrôle de la vigueur de la loi. Les tribunaux ordinaires ne peuvent, dans le cas d'une loi préconstitutionnelle, se retrancher derrière l'acte législatif pour valider la compétence du pouvoir réglementaire, dès lors qu'est invoquée la caducité de la loi et la contrariété du règlement aux règles constitutionnelles de compétence. On est en présence, selon la formule d'un auteur, d'une exception à la théorie de l'écran législatif⁶⁹².

Le problème se pose essentiellement devant les juridictions administratives, en raison de leur compétence de juge, à titre principal des actes de l'exécutif. Or, comme il a déjà été dit, les juges administratifs n'hésitent pas à vérifier si une loi n'a pas été implicitement abrogée par la Constitution. Il en va de même en matière de lois habilitant le pouvoir réglementaire à prendre certaines mesures.

Les résultats montrent une nette tendance à la survie des habilitations législatives, si bien que cette jurisprudence fait figure de principe. Il faut ici en retracer l'affirmation, sans pour autant en rechercher immédiatement les explications. Pourtant, le Conseil d'État procède effectivement à un contrôle de la vigueur de ces habilitations. Preuve en est qu'il considère que la loi n° 48-1268 du 17 août 1948 n'est plus en vigueur sous l'empire de la Constitution actuelle.

A. - L'affirmation du principe

La permanence des habilitations législatives résulte de la jurisprudence du Conseil d'État. Cette Haute juridiction a été amenée à résoudre la question de l'influence des règles constitutionnelles de répartition des compétences sur les lois antérieures. La configuration du problème diffère selon les arguments soulevés par les requérants.

Ainsi, lorsqu'est invoqué le défaut de compétence du pouvoir exécutif pour prendre l'acte réglementaire, le Conseil d'État recherche systématiquement si l'habilitation législative autorisait la prise d'un tel acte. Même si, dans ces espèces, il ne statue pas expressément sur le maintien en vigueur de la loi, il consacre implicitement, en la mettant en œuvre, sa non caducité. Plusieurs arrêts rendent compte de ceci.

Dans trois affaires en date du 8 mai 1964⁶⁹³, l'Assemblée n'hésite pas à appliquer l'article 8 de la loi du 20 mars 1951 renvoyant à un décret le soin de

690 *Rec.* p. 43 ; *GDCC* n° 38. Sur ce point, voir J. TREMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC* VI-1990, p. 255 et s.

691 Cf. J. TREMEAU, *op. cit.*, p. 267.

692 E. NÉGRIER, « Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle : l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel », *RDP* 1990, p. 768.

693 *Société Robert Delavennat ; Société la verrerie cristallerie d'Arques ; Association nationale pour la défense de la liberté du commerce* ; *AJDA* 1964, p. 423.

préciser, en tant que de besoin, les conditions d'application de ce texte. Malgré l'ampleur⁶⁹⁴ de l'habilitation conférée, la question de sa survivance à l'entrée en vigueur de la Constitution n'est pas évoquée dans l'arrêt.

De même, dans une décision du 7 mai 1986, *Syndicat hippique national*⁶⁹⁵, la Section vérifie qu'un décret de 1983 trouve sa base légale dans une loi du 2 juin 1891, accordant « les plus larges pouvoirs » au Gouvernement pour fixer les règles d'organisation et de fonctionnement du P.M.U. En appliquant cette habilitation générale, l'arrêt ne tranche qu'implicitement le problème de son éventuelle abrogation.

La permanence de ces habilitations implique l'inopposabilité des dispositions constitutionnelles définissant le domaine de la loi, aux règlements pris sur le fondement des premières. Ainsi, des requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'un décret, pris sur la base de l'ordonnance du 30 juin 1945, relative aux prix, n'aurait pu être légalement édictée que par le législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution⁶⁹⁶.

De façon identique, après avoir constaté que « les dispositions attaquées ont été prises en vertu et dans les limites des pouvoirs attribués au Gouvernement par l'article 28 de la loi du 22 août 1946 », le Conseil en déduit que le moyen tiré de ce que les dispositions attaquées seraient contraires aux articles 34 et 72 de la Constitution ne saurait, en tout état de cause, être accueilli⁶⁹⁷. Néanmoins, ceci n'est pas absolu : dans un arrêt du 27 mai 1966, *Société de crédit commercial et immobilier*⁶⁹⁸ était en cause un décret de 1962 pris, aux termes de l'arrêt, « pour l'application des lois des 13 et 14 juin 1941 ». Relevant que « sans avoir pour objet ou pour effet de modifier la capacité des personnes, cet acte s'est borné à interdire certains actes de commerce qui auraient été de nature à permettre la violation des dispositions législatives susrappelées », le Conseil d'État considère que « dès lors, il n'a pas été pris en violation d'aucune des dispositions de l'article 34 de la Constitution »⁶⁹⁹. En fait, on retrouve pour les règlements pris sur habilitation législative préconstitutionnelle, la distinction posée par le doyen Favoreu entre règlements à plus ou moins forte détermination législative⁷⁰⁰.

Dans d'autres hypothèses, est invoquée directement la substitution des règles constitutionnelles répartitrices de compétence, à celles législatives, prévoyant l'intervention du pouvoir réglementaire. En ce sens, l'arrêt *Sieur Leroy* du 21 juin 1972⁷⁰¹ est illustratif. Il y est décidé que l'article 34 de la Constitution, en tant qu'il prévoit que ressortissent au domaine de la loi les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires, n'a pas rendu caduque la loi

du 3 février 1953 renvoyant à un règlement d'administration publique la fixation du statut du personnel de l'ex-SDECE.

Le Conseil d'État se prononce ici expressément sur le maintien de l'habilitation législative : la caducité est envisagée, mais finalement repoussée.

Tel est aussi le cas dans une série d'arrêts où le Conseil dénie que les prescriptions de l'article 34 de la Constitution aient eu pour effet de transférer au législateur la compétence attribuée au Gouvernement par les textes législatifs antérieurs⁷⁰². Dans sa note sous cette dernière décision⁷⁰³, B. Genevois écrit que « le Conseil d'État a jugé à de nombreuses reprises que les habilitations consenties au profit du Gouvernement antérieurement à la Constitution de 1958 par des lois spéciales n'étaient pas remises en cause par le texte constitutionnel ».

Confirmant cette jurisprudence, la Haute juridiction administrative affirme même que « la répartition des matières qui sont du domaine de la loi et celles qui ont un caractère réglementaire telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution est sans influence sur le pouvoir que le Gouvernement » tire d'habilitations législatives antérieures à la Constitution⁷⁰⁴. Quelle que soit la formule utilisée, il s'avère que demeurent en vigueur les habilitations du pouvoir réglementaire.

Le Conseil d'État, dans le cadre de ses attributions consultatives, a eu l'occasion de confirmer le maintien des anciennes délégations législatives. Saisi, en octobre 1958, de la comparabilité avec le nouvel ordre normatif de l'article 7 de la loi du 30 novembre 1956, autorisant le Gouvernement à modifier par décrets, soumis à ratification ultérieure du Parlement, les conditions de recensement, de révision, de formation, de fractionnement et d'appel du contingent, le Conseil se prononce par un avis positif⁷⁰⁵. Même si ces avis sont dépourvus de force juridique, ils contribuent à forger une « doctrine » administrative, en faveur de la non caducité des habilitations législatives. Ce faisant, ils permettent l'utilisation effective de ces habilitations et leur évitent toute désuétude. D'autre part, l'avis donné sur une habilitation législative déterminée aura tendance à préfigurer une éventuelle décision contentieuse sur le maintien en vigueur de cette même loi. En tout cas l'usage de la technique de l'abrogation implicite par les formations administratives du Conseil d'État est établie.

Le principe est à ce point certain que la doctrine est unanime à le reconnaître⁷⁰⁶ et qu'il était déjà consacré sous la Constitution précédente⁷⁰⁷.

694 Soulignée par les chroniqueurs autorisés de l'A.J.D.A.

695 Rec. p. 138.

696 20 octobre 1965, *Sieur Lambert*, Rec. p. 526 ; pour des cas similaires : 7 février 1986, *Associations F.O. consommateurs*, Rec. p. 31 ; 13 janvier 1995, *Société Baudin Chateaufort*, RFDA 1995, p. 410.

697 24 novembre 1967, *Sieur Delcroix*, Rec. p. 441.

698 Rec. p. 365.

699 Telle peut aussi être l'interprétation d'un arrêt du 27 juin 1962, *Comité de défense des rédacteurs titulaires du ministère de la construction* (Rec. p. 429) : vérification de la non violation par un décret de 1960, pris sur la base de l'article 58 de la loi du 7 août 1957, de garanties fondamentales « des agents publics auxquelles il ne peut être porté atteinte que par le législateur ».

700 « Les règlements autonomes n'existent pas », op. cit., p. 882.

701 Rec. p. 365.

702 18 octobre 1967, *Syndicat général confédéré de la R.A.T.P.*, Rec. p. 379 ; 22 mars 1978, *Société d'encouragements pour l'amélioration des races de chevaux*, Rec. p. 146 ; 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. p. 198.

703 AJDA 1981, p. 429.

704 25 avril 1969, *Société française d'alimentation saine*, Rec. p. 232 ; habilitation de la loi du 1^{er} août 1903 ; 12 décembre 1975, *Union nationale des fédérations d'organismes H.L.M.*, Rec. p. 818 ; habilitation de la loi du 3 avril 1958.

705 Non publié ; cité par L. SFEZ, in « Une survivance : le règlement d'administration publique », op. cit., p. 278.

706 Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T 1, 7^e éd., 1993, Domat, n° 709 : « Les dispositions de l'article 34 sont... considérées comme n'ayant pas privé le gouvernement des compétences qui lui avaient été attribuées par des lois antérieures à la Constitution » ; R. ODENT, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 249 ; X. PRETOT, *Les Grands arrêts de la sécurité sociale*, Sirey, Paris, 1988, p. 18 (cet auteur doute d'ailleurs de la validité de cette jurisprudence) ; M. REYDELLET, « L'application jurisprudentielle de la distinction loi règlement depuis 1958 », mémoire D.E.S. Aix, 1971.

707 Dans la décision *Sieur Piquet* du 23 mars 1956 (Rec. p. 142.), la Section avait à décider de la légalité du décret du 21 avril 1948, contestée par les requérants au motif que depuis l'entrée

Tant est si bien que les présidents des assemblées parlementaires s'inspirent de cette jurisprudence dans le cadre de leur pouvoir de décision au titre de l'article 41 de la Constitution⁷⁰⁸. Par exemple, ayant à statuer sur la recevabilité d'un amendement au projet de loi de programme relatif aux investissements agricoles, le président du Sénat décide « qu'aux termes du décret du 21 avril 1939 et de la loi du 23 novembre 1940, la fixation du taux des subventions de l'État relève de la compétence du pouvoir réglementaire, et que l'article 34 de la Constitution ne l'a pas transféré dans le domaine de la loi »⁷⁰⁹. La survivance de l'habilitation aboutit à déclarer irrecevable l'amendement. C'est en vertu d'un texte législatif et non directement de la Constitution qu'est défini le domaine du règlement, même si la loi est appréciée par rapport au texte constitutionnel.

Quoi qu'il en soit, le principe une fois posé, il n'en demeure pas moins que la loi du 17 août 1948 a été considérée comme abrogée tacitement par la Constitution.

B. - L'exception : la caducité de la loi du 17 août 1948

La non vigueur de la loi 48-1268 résulte des décisions juridictionnelles qui en ont constaté la caducité.

Dès le 20 mai 1966⁷¹⁰, le Conseil d'État, à propos d'un décret de 1953, précise que celui-ci « a été pris en application de la loi du 17 août 1948 alors en vigueur ». Une banale interprétation *a contrario* de cette motivation permet donc de déduire que ce texte législatif n'est plus applicable. Mais celui-ci n'ayant fait l'objet d'aucune abrogation expresse, celle-ci ne pouvait être que tacite. Pour R. Odent⁷¹¹, la solution dégagée est claire : la loi de 1948 est, par cette décision, « considérée comme ayant été abrogée par la Constitution ». On pouvait toutefois s'interroger sur la portée d'une simple incidente, dépourvue d'autorité de chose jugée.

Aussi, l'arrêt du 10 mai 1972, *Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines et industries connexes*⁷¹² apparaît-il comme dissipant les derniers doutes. Invoquant la contrariété du décret n° 65-1117 avec

en vigueur de l'article 13 de la Constitution, le taux et l'assiette des cotisations d'allocations familiales ne pourraient être fixés que par un texte législatif. Pour la Haute juridiction administrative, « l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 n'a ni abrogé ni rendu caduques les dispositions précitées de l'ordonnance du 4 octobre 1945 ». Il en résulte que le pouvoir réglementaire pouvait légalement édicter les dispositions du décret attaqué. Dans la décision *Société Tanneries du Centre* du 1^{er} juillet 1955 (*Rec.* p. 374.), le Conseil d'État confronte l'article 5-f de la loi du 19 janvier 1943, autorisant le Gouvernement à instituer des taxes de péréquation à l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (principe de légalité fiscale), à laquelle fait référence la Constitution de 1946. Malgré la disposition constitutionnelle prévoyant la compétence législative, le Conseil considère que l'article 14 n'a eu objet ni pour effet d'abroger l'article 5-f de la loi de 1943.

708 Voir sur ce point E. OLIVA, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 1992, p. 279.

709 *JO débats Sénat*, séance du 6 juillet 1960, p. 717. E. OLIVA cite aussi l'irrecevabilité opposée par le président du Sénat à une proposition de loi tendant à assurer aux enfants aveugles, infirmes, sourds-muets ou très déficients des droits scolaires identiques à ceux des autres enfants. Cette décision est motivée par l'article 4 de la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement qui prévoit qu'un « règlement déterminera les moyens d'assurer l'instruction primaire aux enfants aveugles et sourds » ; sur cette base, le président de la Haute assemblée déclare qu'« il est impossible de considérer que l'article 34 a eu pour effet de transférer cette matière dans le domaine de la loi » (thèse précitée, p. 296).

710 *Rec.* p. 343.

711 *Cours de contentieux administratif*, IEP Paris, *op. cit.*, p. 249.

712 *Rec.* p. 350.

les dispositions de l'article 2 de la loi du 17 août 1948, les requérants demandaient l'annulation de cet acte. Pour le Conseil d'État, celles-ci « ont cessé d'être applicables depuis l'entrée en vigueur des articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 » ; d'où il suit qu'elles ne sont pas opposables au décret attaqué. C'est donc le mécanisme constitutionnel de répartition des compétences qui est réputé se substituer à la délimitation législative opérée par la loi de 1948.

Déjà, dans une décision du 2 juillet 1959⁷¹³, la Cour de cassation, saisie d'une exception d'illégalité contre un décret du 4 avril 1949, modifiant un décret de 1953 pris en exécution de la loi du 17 août 1948, vérifie qu'il n'est pas contraire à l'article 34 de la Constitution réservant au législateur la création de nouveaux ordres de juridiction. La validité du décret dépend donc de sa conformité aux normes constitutionnelles et non du support que constitue l'habilitation législative de la loi de 1948. C'est parce qu'il est intervenu dans le domaine réglementaire prévu par la Constitution que le décret peut être appliqué, et non parce que la loi de 1948 autorisait son intervention.

L'absence de prise en compte, par la Haute instance judiciaire, de la loi de 1948, témoigne de la primauté, en tant que *lex posterior*, des règles du droit constitutionnel normatif. Implicitement, cette loi est écartée du débat au profit de la Constitution. On peut ainsi considérer que cet arrêt préfigurait la solution de caducité.

Ces différentes espèces démontrent que la technique de l'abrogation implicite n'est pas éludée en matière d'habilitations législatives. Reste à savoir pourquoi le texte de 1948 a été jugé incompatible avec la Constitution.

La loi « tendant au redressement économique et financier » est divisée en deux titres. Le titre 2 organise un système de répartition des compétences entre loi et règlement. L'économie de ce mécanisme repose sur l'énumération d'un ensemble de matières ayant « par leur nature un caractère réglementaire » (article 7). Au sein de ces matières, l'article 6 autorise la prise de décrets pour abroger, modifier ou remplacer les dispositions en vigueur. Quant à lui, le titre 1 définit un certain nombre d'objectifs pour la réalisation desquels il est renvoyé aux conditions prévues à l'article 6 précité.

On remarquera que c'est l'ensemble de la loi qui doit être considéré comme caduc et non seulement certaines de ses dispositions. Ceci résulte de la motivation des arrêts précédemment évoqués.

Dans sa chronique à la *Revue du Droit public*⁷¹⁴, J. de Soto justifie sa position en faveur de l'abrogation de la loi de 1948 par la Constitution en écrivant que celle-ci « reposait d'ailleurs sur l'ancien système, incompatible avec les nouvelles dispositions, de la maîtrise du Parlement sur l'étendue du pouvoir réglementaire ». Mais cette affirmation ne semble pas suffisante à expliquer à elle seule, la caducité de cette loi. En effet, les habilitations législatives considérées comme maintenues se fondent, elles aussi, sur la capacité qu'aurait le législateur de définir le champ d'intervention du pouvoir législatif.

En réalité, la particularité de la loi de 1948 sur les habilitations « maintenues » consiste en ce qu'elle procède *in abstracto* à des renvois au pouvoir réglementaire. Elle se contente d'autoriser la prise de décrets, sans conditionner cette possibilité.

713 *Bulletin criminel* 1959, n° 334, p. 695.

714 « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP* 1959, p. 240.

Ainsi, n'est-il prévu aucune limite temporelle au transfert de compétence ainsi opéré du profit de l'exécutif, pas plus que n'est instituée une procédure de ratification parlementaire. De plus, hormis les principes établis au titre 1, cette délégation n'est pas finalisée : le pouvoir réglementaire dispose d'une large aptitude de décision dans le champ de la matière qui est censée lui appartenir « par nature ».

En ce sens, la loi de 1948 revêt le caractère d'une habilitation générale. Ceci s'explique dans la mesure où l'objet de la loi de 1948 est de tracer une délimitation et non de poser des règles substantielles. Il s'agit d'une norme de compétence. À l'inverse, les habilitations non caduques ne confèrent au pouvoir réglementaire qu'un champ d'intervention plus limité, car spécial à l'objet de la loi dont il est l'accessoire.

L'incompatibilité de la loi du 17 août 1948 avec les règles constitutionnelles découle aussi de la démarche retenue pour répartir les compétences. Comme le soulignait le professeur Waline dès les débats du Comité consultatif constitutionnel sur le projet de Constitution, « une différence énorme existe » entre les deux textes⁷¹⁵. En effet, la loi de 1948 « procéderait par énumération des matières qui seraient réglementaires, tandis que maintenant nous avons adopté le procédé inverse, nous énumérerons celles qui, par exception, ne sont pas réglementaires ». Il nous faut donc retenir que l'abrogation de la loi du 17 août 1948 est certaine, ce qui témoigne de la vérification, par la juridiction administrative, de la compatibilité des lois habilitant le pouvoir réglementaire.

Pour autant, cet exemple constitue-t-il le seul cas d'abrogation tacite de lois intervenues en matière de répartition entre domaines législatif et réglementaire ? La réponse est sûrement négative, même si la loi du 17 août 1948 est la seule dont la caducité ait, en la matière, été constatée par les juridictions. Mais il existe des potentialités. Ainsi, l'article 205 de la loi de finances du 13 juillet 1925 aux termes duquel « les établissements publics nationaux ne peuvent être créés que par la loi, qui détermine leur objet, les principes de leur fonctionnement, leur confère la personnalité civile et, s'il y a lieu, l'autonomie financière » est-il, sans aucun doute, incompatible avec l'article 34 de la Constitution.

Celui-ci place en effet dans le domaine de la loi « la création de catégorie d'établissements publics ». Une loi n'est donc nécessaire que pour la création d'une catégorie et non plus pour chaque établissement public, comme l'ont d'ailleurs jugé de façon concordante Conseil constitutionnel et Conseil d'État.

Ce faisant, « les constituants manifestaient clairement l'intention de mettre fin au système antérieur »⁷¹⁶. De la sorte, il est possible de considérer que cette « auto-habilitation » du pouvoir législatif constitué par la loi de 1925 est caduque. Il est vrai que contrairement aux autres cas, il s'agissait ici d'une loi étendant le domaine législatif, mais le problème de son maintien en vigueur se pose en des termes identiques, celui de la confrontation à la Constitution des lois habilitant le pouvoir réglementaire.

Hormis le cas particulier des anciennes habilitations, la théorie de la loi-écran ne conduit qu'à une méconnaissance limitée de la réserve de loi, puisque

finale son champ d'application est des plus réduit. Tel n'est pas le cas pour la reconnaissance d'un pouvoir de police *praeter legem*.

Section II

LE MAINTIEN D'UN POUVOIR DE POLICE *PRAETER LEGEM*

Par l'arrêt *Labonne*, rendu le 8 août 1919⁷¹⁷, le Conseil d'État devait reconnaître l'existence, au profit du chef de l'État, d'un pouvoir réglementaire de police générale, applicable sur l'intégralité du territoire.

Dans cette affaire était en cause la légalité du décret du 10 mars 1899 instituant un « certificat de capacité pour la conduite des voitures automobiles ». Le requérant invoquait le défaut de base légale, en tant qu'aucune loi ne conférerait au Président de la République un quelconque pouvoir de police générale, contrairement aux maires⁷¹⁸ et aux préfets⁷¹⁹.

Nonobstant, la Haute juridiction administrative valide le décret de 1899, motif pris qu'il « appartient au chef de l'État, 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 ».

L'apport de cet arrêt est considérable dans la mesure où il fonde, au profit de l'Exécutif, un pouvoir réglementaire de police qui ne dépend pas de la loi. C'est dans ce caractère originaire que réside l'apport de la solution. C'est aussi cet aspect qui intéresse l'étude de la réserve de loi.

En effet, on a vu que le but de cette institution juridique est d'interdire, sur les secteurs qu'elle couvre, l'intervention réglementaire *ex novo*.

Ce faisant, la jurisprudence *Labonne* laisse penser que la police administrative n'affecte aucune réserve de loi. *A priori*, ce résultat paraît surprenant : en tant qu'il a pour objet le maintien de l'ordre public, le pouvoir de police a par nature tendance à restreindre les libertés publiques. Or, celles-ci constituent un domaine traditionnel de la loi.

Dans ces conditions, il faut réexaminer cette décision du point de vue constitutionnel, et particulièrement sous le prisme de la réserve de loi. En particulier, il faudra rechercher le fondement de cette jurisprudence et vérifier si celui-ci affranchit l'Exécutif, en matière de police, du respect d'une éventuelle réserve.

Mais il faut d'abord enregistrer certaines données relatives à cette jurisprudence, qui apparaît encore aujourd'hui comme partie intégrante du droit positif.

§ 1 - LA DESTINÉE DE LA JURISPRUDENCE LABONNE

Le principe posé par l'arrêt du 8 août 1919 devait être maintenu par le Conseil d'État sous trois Constitutions différentes. On peut donc parler de permanence de la jurisprudence.

⁷¹⁵ Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit., séance du 8 août 1958, vol. 2, p. 279.

⁷¹⁶ L. FAVOREU et L. PHILIP, *GDCC*, p. 134.

⁷¹⁷ Rec. p. 737 ; *GAJA* n° 39.

⁷¹⁸ Loi du 5 avril 1884.

⁷¹⁹ Lois des 22 décembre 1789 et 8 janvier 1790.

Ce phénomène est d'autant plus remarquable que la décision *Labonne* a été critiquée dès l'origine, par des auteurs éminents.

A. - La critique initiale

Carré de Malberg et Duguit en sont les principaux promoteurs.

Pour le premier, le pouvoir de police s'intègre dans la perspective globale de sa conception des relations entre la loi et le règlement. Partant du cadre fixé par les lois constitutionnelles de 1875, l'auteur de la *Théorie générale de l'État* assigne au pouvoir réglementaire la seule mission d'exécuter les lois⁷²⁰. En conséquence, deux possibilités s'ouvrent au profit du chef de l'Exécutif⁷²¹.

Il peut d'abord édicter spontanément les mesures propres à assurer l'exécution matérielle de la loi. Il s'agit de la simple mise en œuvre des préceptes législatifs. C'est le règlement d'exécution de la loi.

D'autre part, l'Exécutif peut ajouter aux dispositions législatives, dès lors que la loi lui confère cette possibilité par une invitation en ce sens. Ces règlements sont édictés en exécution de la loi.

En conclusion, dans un cas comme dans l'autre, « le règlement étant essentiellement un acte exécutif, présuppose toujours une loi »⁷²². En effet, outre le cantonnement par la Constitution du pouvoir réglementaire à la fonction d'exécution des lois, est ici en cause « une matière où il s'agit d'imposer des obligations aux citoyens »⁷²³.

Pour le professeur de Strasbourg, les lois constitutionnelles de 1875 n'ayant rien prévu quant à l'existence et à l'exercice d'un pouvoir de police⁷²⁴, il s'ensuit que les limites de ce pouvoir sont identiques à celles du pouvoir réglementaire. Or, celui-ci étant réduit à la seule exécution des lois, il en résulte que le règlement de police doit lui aussi exécuter la loi. Il n'existe pas de spécificité normative de l'objectif d'ordre public par rapport au but d'intérêt général assigné au pouvoir réglementaire. Et c'est cet impératif d'exécution de la loi qui suppose une loi préalable.

En conclusion, lorsque des mesures de police sont édictées sans se fonder sur une loi déterminée à exécuter, « le cadre – trop étroit, sans doute – de la Constitution de 1875, qui n'avait prévu que des règlements exécutifs, a été forcé »⁷²⁵. De tels règlements sont alors contraires à la Constitution.

Condamnant en ces termes la jurisprudence *Labonne*, Carré de Malberg rejoint ainsi Léon Duguit.

Pour cet auteur, la mesure de police attente à la liberté. Il faut donc faire application de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789, en vertu duquel seule la loi peut apporter des restrictions à la liberté. « C'est dire que d'après les principes généraux du droit constitutionnel français formulés dans la Déclaration des droits et toujours vrais, les dispositions par voie

720 L'article 3 de la loi du 25 février prévoyant que le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois.

721 *Théorie générale de l'État*, op. cit., T. 1, p. 647.

722 Op. cit., p. 655.

723 Ibid., p. 656.

724 Contrairement à d'autres constitutions françaises. Par exemple, art. 14 de la Charte du 4 juin 1814 : le Roi « fait les règlements et ordonnances nécessaires pour... la sûreté de l'État » ; article 144 de la Constitution de l'an III : « le directoire pourvoit, d'après les lois, à la sûreté extérieure ou intérieure de la République » ; article 47 de la Constitution de l'an VIII : « le Gouvernement pourvoit à la sûreté intérieure ».

725 Ibid., p. 657.

générale de police ne peuvent être édictées que par le Parlement et que, constitutionnellement, il ne peut pas y avoir de règlements de police »⁷²⁶.

L'option retenue apparaît clairement : c'est à la loi que les principes constitutionnels attribuent compétence pour poser des règles de police. Là encore, cette affirmation semble remettre en cause la décision de 1919, dont le principal effet est justement de conférer à l'Exécutif la réglementation de police, en n'imposant aucune intervention législative.

Pourtant, Léon Duguit affirme par ailleurs qu'il « faut bien reconnaître que le Gouvernement possède aujourd'hui compétence pour faire des règlements autonomes de police générale »⁷²⁷, allant même jusqu'à ajouter que la police fait partie des matières réglementaires⁷²⁸.

L'explication de cette contradiction réside dans l'existence d'une coutume constitutionnelle. Si on ne peut trouver aucun fondement textuel dans la Constitution écrite pour la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire de police, celui-ci peut néanmoins se fonder sur une règle coutumière⁷²⁹. Seule la reconnaissance de cette coutume *contra constitutionem* permet d'expliquer la validité de la dérogation à la compétence législative, reconnue dans l'arrêt *Labonne* ; seul le recours à cette coutume justifie l'utilisation du pouvoir réglementaire *praeter legem*, malgré les termes exprès du droit constitutionnel.

Ainsi, à la différence de Carré de Malberg, Duguit nuance son étude théorique afin de la mettre en accord avec le droit positif, tel qu'il résulte de la jurisprudence et de la pratique normative. Néanmoins, les deux auteurs arrivent à une conclusion identique : l'attribution d'un pouvoir de police à l'Exécutif ne trouve aucun fondement dans la Constitution écrite qui impose, tout au contraire, la compétence législative.

Ces critiques fameuses ne devaient pas empêcher pourtant la jurisprudence *Labonne* de perdurer et de se maintenir sous différents régimes.

B. - La permanence de la jurisprudence *Labonne*

Pour le Conseil d'État, la solution dégagée par l'arrêt du 8 août 1919 est restée valable sous trois Constitutions différentes.

C'est d'abord l'arrêt du 13 mai 1960, *SARL Restaurant Nicolas*⁷³⁰, qui attribue « au chef du Gouvernement, en vertu de ses pouvoirs propres et même en dehors de toute disposition législative l'y habilitant spécialement, d'édicter les mesures de police nécessaires à la protection de la salubrité publique sur l'ensemble du territoire national ». Celui-ci confirme la jurisprudence *Labonne* sous la IV^e République⁷³¹. Toutefois, cet arrêt exprime la dévolution du pouvoir normatif de police du Président de la République au profit du président du Conseil. En cela, le règlement de police suit le régime du pouvoir réglementaire d'exécution des lois : L'article 47 de la Constitution de 1946 attribue désormais

726 *Traité de droit constitutionnel*, T. 4, 2^e éd., Fontemoing, Paris, 1924, p. 729.

727 Op. cit., p. 728.

728 Ibid., p. 738.

729 Ibid., p. 728 et s.

730 Rec. p. 323.

731 Effectivement, si cet arrêt est postérieur à 1958, le Conseil d'État statue sous l'empire de la Constitution du 27 octobre 1946, le décret attaqué datant de 1957. On ne peut donc l'utiliser, comme le fait le professeur MESTRE (in *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*, BDP 116, LGDJ, Paris, p. 184 note 4), pour affirmer que les compétences gouvernementales de police « sont désormais prises au titre du pouvoir réglementaire autonome de l'art. 37 ».

celui-ci au président du Conseil, alors que dans le cadre constitutionnel de 1875, le Président de la République en était titulaire. On note donc, à travers cette identité de compétence, un certain lien entre l'exécution des lois et l'édiction de mesures de police.

Dans cette espèce, le décret attaqué avait pour objet d'instituer un registre du gibier afin de lutter contre la propagation de maladies véhiculées par ces animaux. Comme le relève le Conseil d'État, aucun fondement législatif à une telle mesure ne peut être dégagé. Pourtant, cette juridiction n'hésite pas à la valider, en tant qu'elle s'intègre aux pouvoirs propres de police du chef du Gouvernement.

Auparavant, le Conseil d'État avait eu l'occasion de confirmer la viabilité de la jurisprudence *Labonne* à propos d'une affaire similaire aux faits ayant donné lieu à l'arrêt de 1919. Dans la décision du 25 février 1959, *Balestre*⁷³², les juges du Palais Royal affirment la légalité du décret du 29 août 1951 instituant une autorisation de conduire et le droit pour l'administration de la retirer dans certains cas, et ce nonobstant l'absence de texte législatif en ce sens.

La promulgation de la Constitution du 4 octobre 1958 a-t-elle eu pour effet de modifier les données du problème ? Son article 34 prévoit en effet que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, auxquelles portent incontestablement atteintes les mesures de police.

Pour autant, le Conseil d'État ne considère pas que le nouveau texte constitutionnel ait pu rendre caduque la jurisprudence *Labonne*. À plusieurs occasions, il a réitéré, sous l'empire de la Constitution de la V^e République, la compétence purement réglementaire pour définir des normes ayant trait à l'ordre public.

Ainsi, le Gouvernement peut, « en vertu de ses pouvoirs propres », réglementer les conditions d'abattage rituel des animaux dans un but de salubrité publique⁷³³. On retrouve ici le but de santé publique qui présidait à la décision *Restaurant Nicolas*. Toutefois, alors que dans celle-ci était en cause la liberté du commerce et de l'industrie, c'est la liberté religieuse qui est atteinte par le décret déferé dans la présente affaire.

D'autre cas d'application de la jurisprudence de 1919 ressortissent à son domaine originaire : la sécurité sur les voies publiques.

L'arrêt *Chaigneau* du 25 juillet 1975⁷³⁴, après avoir fait référence à « l'étendue des pouvoirs de police dont le Gouvernement dispose pour réglementer la circulation sur l'ensemble du territoire », valide un décret limitant la vitesse des véhicules. Comme le constate le doyen Auby, cette formule fait implicitement référence à l'arrêt *Labonne*⁷³⁵.

De même, le Gouvernement peut réglementer spontanément la publicité et les enseignes visibles des voies ouvertes à la circulation publique, considérant que « l'article 34 n'a pas retiré au chef du Gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement »⁷³⁶. La compétence législative instaurée par la Constitution en matière de libertés publiques doit donc s'entendre comme exceptant le domaine de la police administrative.

⁷³² Rec. T., p. 887.

⁷³³ 2 mai 1973, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris*, Rec. p. 313.

⁷³⁴ Rec. p. 436 ; RDP 1976, note J.-M. AUBY.

⁷³⁵ Op. cit., p. 343.

⁷³⁶ 17 février 1978, *Comité pour léguer l'esprit de la Résistance*, Rec. p. 82, RDP 1979, p. 569 ; AJDA 1978, p. 685 ; 22 décembre 1978, *Union des Chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure*, Rec. p. 530, D.S. 1979, IR, p. 91.

Cette interprétation de l'article 34 sera réitérée dans l'arrêt *Association Auto-défense*, du 22 janvier 1982⁷³⁷, validant des mesures réglementaires instituant l'obligation de port de la ceinture de sécurité pour certains occupants des automobiles. Déjà, le Conseil avait eu l'occasion d'affirmer la légalité de mesures similaires en invoquant la jurisprudence *Labonne*⁷³⁸. Enfin, la suppression de la possibilité d'obtention d'un permis de conduire pour les motocyclettes d'une puissance supérieure à 100 chevaux, ayant pour « objet d'assurer une plus grande sécurité des conducteurs » relève du pouvoir de police générale du Gouvernement⁷³⁹.

Plus généralement, le but de sécurité publique, invoqué à l'appui de la jurisprudence *Labonne* permet au Gouvernement de prescrire les mesures nécessaires à la sécurité aérienne, nonobstant l'article 34⁷⁴⁰.

Pour sa part, le Conseil constitutionnel a lui aussi confirmé cette jurisprudence dans une décision du 20 février 1987⁷⁴¹. Celle-ci met en relief une des limites de la jurisprudence étudiée : elle ne s'applique qu'à la police générale. Ainsi, l'institution d'une police de la chasse, en tant qu'il s'agit d'une police spéciale, se voit limitée par les dispositions de l'article 34, et relève donc de la loi, comme mettant en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété. L'article 34 n'atteint pas le pouvoir réglementaire de police générale, mais il interdit l'existence d'un pouvoir autonome de police spéciale confié à l'Exécutif⁷⁴². Le Conseil constitutionnel valide la thèse du confinement de la spécificité des règles de délimitation des compétences normatives en matière de police aux seuls actes de police générale⁷⁴³. Ceci tend à montrer que les attributions de police générale dérogent à la réserve de loi. De là, l'interrogation sur les fondements de la jurisprudence *Labonne*.

§ 2 - LES FONDEMENTS DE LA JURISPRUDENCE LABONNE

La première recherche consiste à s'interroger sur les possibilités de rattacher la police générale aux dispositions constitutionnelles attribuant le pouvoir réglementaire.

⁷³⁷ DS 1982, p. 494, note B. PACTEAU.

⁷³⁸ 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, Rec. p. 330 ; 17 décembre 1975, *Pommier*, Rec. T., p. 1173 ; du même jour, *Millet*, DS 1977, J p. 73, note G. MORANGE.

⁷³⁹ *Chaline Le Garrec*, 2 octobre 1991, Rec. T., p. 657.

⁷⁴⁰ *Syndicat des pilotes professionnels d'ULM*, 20 janvier 1989, Rec. T., p. 436.

⁷⁴¹ 87-149 L, Rec. p. 22, AICC 1987, p. 582, chron. GENEVOIS. Considérant n° 7 : « l'article 34 n'a pas retiré au chef du Gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative ».

⁷⁴² On notera toutefois que le Conseil d'État devait retenir une position inverse de celle du Conseil constitutionnel en énonçant que la police de la chasse relève, en vertu de l'article 37, du domaine réglementaire, et ne peut donc porter atteinte aux principes fondamentaux de la propriété (9 décembre 1988, *FDSEA de la Moselle*, Rec. p. 435). Déjà en 1986, la Haute juridiction administrative avait admis que le Gouvernement disposait de la police de l'organisation des courses de chevaux, ce qui lui permet d'établir des actes réglementaires sans méconnaître les règles constitutionnelles réservant au législateur la fixation des principes fondamentaux des obligations (7 mai 1986, *Syndicat hippique national*, Rec. p. 138).

⁷⁴³ Pour un exposé de cette thèse et de celle étendant au contraire cette spécificité à tous les actes de police, cf. E. PICARD, *La notion de police administrative*, BDP T. 146, LGDJ, Paris, 1984, p. 606.

La réponse à cette démarche amènera ensuite à se demander, à la suite d'une importante doctrine, si la jurisprudence *Labonne* ne se situe pas « en marge de la Constitution ».

A. - La recherche d'un fondement textuel

Les quatre arrêts précités relatifs à l'obligation du port de la ceinture de sécurité précisent qu'il appartient au Gouvernement, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution, de prendre les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire.

Peut-on considérer pour autant que ces articles constituent le fondement juridique de la jurisprudence *Labonne* ? Le pouvoir de police se confondrait alors avec le pouvoir réglementaire.

S'agissant de l'article 37, il résulte de ses propres termes que les règlements doivent respecter l'intégrité des matières réservées à la loi. Or, d'après la jurisprudence, l'article 34 notamment, est sans influence sur la police administrative gouvernementale. N'étant pas limitées par la réserve de loi, ces attributions réglementaires ne peuvent trouver leur fondement dans l'article 37, alinéa 1. C'est ce que constate le professeur Chapus en écrivant qu'il « ne peut s'agir de règlements de l'article 37, puisque ces règlements [...] sont soumis au respect des matières législatives »⁷⁴⁴.

Pour le doyen Auby⁷⁴⁵, le fait que les attributions de police ne soient pas limitées par l'existence du domaine législatif ne remet pas en cause leur rattachement à l'article 37, mais implique simplement qu'il y a lieu de distinguer, au sein du pouvoir réglementaire institué par cet article, le pouvoir de police générale.

Toutefois, on voit mal l'intérêt de perpétuer, dans ce cas, un rattachement textuel, alors que justement le texte de l'article 37 ne confère aucune prise pour opérer la distinction proposée. Bien au contraire, le pouvoir de police gouvernemental ne respecte pas les limites imposées par les dispositions de cet article.

En conséquence, une doctrine informée a proposé de rattacher la jurisprudence *Labonne* à l'article 21 de la Constitution⁷⁴⁶. Le Premier ministre détiendrait des attributions de police générale au titre de l'article 21 qui lui donne mission d'exécuter les lois.

Le professeur Chapus conteste cette opinion, arguant de l'absence de loi à exécuter, puisque dans chacune des affaires contentieuses, le règlement de police ne pouvait s'appuyer sur une loi déterminée⁷⁴⁷. Effectivement, la jurisprudence *Labonne* se caractérise par l'absence de loi, c'est-à-dire par son caractère *praeter legem*.

Mais ce qui est invoqué pour rattacher cette jurisprudence à l'article 21, c'est la notion d'exécution au sens large. Il ne s'agit pas de l'exécution d'une loi en particulier, mais de l'exécution des lois en général.

Ainsi, pour le doyen Vedel, l'arrêt *Labonne* doit être rapproché de la décision *Heyries* du 28 juin 1918⁷⁴⁸. Ces deux jurisprudences expriment l'idée

selon laquelle « l'exécution des lois ne doit pas s'entendre de l'exécution servile », mais qu'elle « implique des pouvoirs propres et une compétence générale qui s'exerce en vertu de la Constitution et en dehors même de toute délégation législative »⁷⁴⁹. De la sorte, l'Exécutif peut, en vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, suspendre l'application d'une disposition législative, car il lui incombe, d'après la motivation de l'arrêt *Heyries*, « de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés de la guerre n'en paralysent pas la marche ». De la même façon, la mission constitutionnelle d'exécution des lois comporterait « le maintien de l'ordre par l'usage des pouvoirs de police, notamment sous la forme réglementaire ».

Dans l'arrêt du 8 août 1919, l'exécution des lois ne consiste pas dans l'exécution d'une loi qui, de toute façon, n'existe pas en l'espèce, mais dans « le maintien de l'ordre juridique tout entier »⁷⁵⁰.

Cependant, outre le fait qu'il n'est pas certain que l'article 21 consacre un pouvoir réglementaire distinct de celui dont il est fait mention à l'article 37⁷⁵¹, la conception sus-analysée traduit un important élargissement de la notion d'exécution.

Dans la conception traditionnelle, l'attribution de la compétence exécutive s'analyse à la fois en la reconnaissance d'un pouvoir et en la définition de limites à ce pouvoir : le règlement ne peut intervenir que *secundum et intra legem*. Si l'on considère maintenant la définition de l'exécution proposée par le doyen Vedel, la mission de l'Exécutif devient beaucoup plus vague : il possède un pouvoir originaire qui ne procède pas de la loi. Ainsi, demeurerait exécutif le règlement édicté en l'absence de toute loi préalable, comme d'ailleurs un certain règlement *contra legem* (cas de l'arrêt *Heyries*). Dans ces conditions, l'assignation, par les textes constitutionnels, d'un caractère exécutif au règlement ne constituerait plus une véritable limite au pouvoir des autorités compétentes pour l'édicter. En effet, celles-ci peuvent toujours se dégager des contraintes posées par une loi particulière en prétextant assurer de la sorte l'exécution de l'ordonnement dans son ensemble. Certes, le contrôle juridictionnel existe relativement à l'acte réglementaire mais ne tendrait-il pas à se convertir en une appréciation d'opportunité, faute de s'en tenir au référent objectif que constitue la loi⁷⁵² ?

De la sorte, l'Exécutif disposerait d'un pouvoir propre, non directement conditionné par la loi, et dont la marge de discrétionnalité serait importante. La légalité de ses interventions normatives ne serait plus seulement appréciée par rapport au cadre législatif.

On en arrive alors à se demander si cette doctrine n'aboutit pas à une distorsion du concept d'exécution, avec l'idée sous-jacente de trouver un élément de rattachement à la jurisprudence *Labonne*. N'est-il pas préférable de conserver la signification originelle du terme, qui ne peut se caractériser que par rapport à la

⁷⁴⁴ *Droit administratif général*, Domat-Monchrestien, Paris, 5^e éd., 1990, p. 460, n° 727.

⁷⁴⁵ Note précitée sous l'arrêt du 25 juillet 1975.

⁷⁴⁶ B. GENEVOIS, chronique précitée à l'AJC 1987, p. 582 et in *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, Paris, 1988, p. 105.

⁷⁴⁷ *Op. cit.*

⁷⁴⁸ *Rec. p.* 651, ; GAJA n° 35.

⁷⁴⁹ « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *Pages de doctrine*, LGDJ, Paris, 1980, T. 2, p. 154.

⁷⁵⁰ G. VEDEL, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁵¹ Sur l'unité du pouvoir réglementaire, cf. *supra*.

⁷⁵² En ce sens, on notera que l'arrêt *Heyries* est étroitement lié aux circonstances de la première guerre mondiale, tandis que l'intérêt de valider certaines mesures ayant pour objet la sécurité publique est difficilement contestable.

loi⁷⁵³, et de constater l'absence de fondement constitutionnel à cette jurisprudence.

B. - L'absence de fondement textuel

Contestant toute possibilité de rattachement aux articles 21 et 37 de la Constitution, le professeur Chapus considère qu'« institué par voie jurisprudentielle en marge de la Constitution, le pouvoir de police du Premier ministre ignore la distinction des matières législatives et des matières réglementaires, de la même façon que le pouvoir de police du chef du pouvoir exécutif des III^e et IV^e Républiques ignorait que les libertés publiques étaient une matière réservée à la loi »⁷⁵⁴.

Pour cet auteur, la Constitution n'offre aucun fondement à l'attribution du Gouvernement d'un pouvoir de police générale. Bien au contraire, la réserve de loi impartit au législateur une compétence du principe en la matière. Ceci est vrai tant sous la V^e République⁷⁵⁵, que sous les régimes antérieurs, les libertés publiques faisant partie des matières réservées à la loi par la tradition constitutionnelle républicaine, comme l'a montré L. Duguit.

Le doyen Favoreu confirme cette analyse, écrivant que « le pouvoir réglementaire de police est un pouvoir réglementaire autonome par détermination jurisprudentielle », maintenu en dehors de la Constitution⁷⁵⁶. Et ce spécialiste de la jurisprudence constitutionnelle d'ajouter que la réitération de la jurisprudence *Labonne*, par la décision 149 L⁷⁵⁷, ne s'impose pas, en tant qu'elle ne remplit pas les conditions pour être revêtue de l'autorité de chose jugée.

Il résulte de ces deux opinions doctrinales que le Conseil d'État aurait dû, au moins depuis la Constitution de 1958, renoncer à la jurisprudence issue de l'arrêt du 8 août 1919. Reste à déterminer les raisons qui motivent le maintien de cette solution contraire à l'ordre constitutionnel.

La première explication réside dans l'idée selon laquelle la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pu réduire les pouvoirs dont jouissait antérieurement le Gouvernement. On retrouve ici la justification avancée pour légitimer la non caducité des anciennes habilitations. C'est ce qu'exprime clairement le doyen Favoreu lorsqu'il énonce que le pouvoir gouvernemental de police a pu être maintenu, « parce qu'il a semblé à tous que l'application de la Constitution qui, pour la première fois, valorisait et reconnaissait le pouvoir réglementaire, ne pouvait conduire à restreindre ou à faire disparaître les domaines antérieurement attribués à celui-ci »⁷⁵⁸.

Déjà en 1920, R. Carré de Malberg décrivait, précisément à propos de l'attribution au gouvernement de la police, ce phénomène de permanence des pouvoirs de l'Exécutif, malgré les modifications constitutionnelles. La prémisse des auteurs favorables au règlement de police réside dans la constatation que sous les Constitutions antérieures à 1875, le pouvoir de faire de tels actes « a été

constamment exercé par le chef de l'État et ne lui a jamais été contesté »⁷⁵⁹; en conséquence, « il n'est pas croyable que la Constitution de 1875 lui ait enlevé cette compétence traditionnelle »⁷⁶⁰. Ainsi, toute attribution de l'Exécutif apparaît comme un acquis que les modifications constitutionnelles ne peuvent remettre en cause. Et pourtant, comme le relève Carré de Malberg pour s'opposer au maintien des pouvoirs de police, « la Constitution de 1875 a limité bien plus étroitement que ses devancières les pouvoirs du chef de l'Exécutif »⁷⁶¹.

Le cas de la police constitue un exemple caractéristique de la notion de « Constitution administrative », qui amortit les changements constitutionnels par la permanence de règles administratives. Cela est vrai pour la promulgation des lois constitutionnelles de 1875, comme pour la Constitution de 1958 qui restreint encore plus que les textes précédents, par l'instauration d'une véritable réserve de loi, la viabilité d'un pouvoir autonome de police.

En effet, il faut encore répéter que le bilan de 1958 réside dans la remise en ordre des compétences normatives, et non dans l'accroissement des pouvoirs de l'Exécutif, contrairement à ce qu'avaient envisagé les premiers commentateurs de la Constitution. C'est ce que démontre l'analyse du droit positif⁷⁶².

Il est vrai que les débats relatifs à l'élaboration de ce qui devait devenir l'article 34 ont souvent été ambigus, notamment quant à la portée de l'alinéa réservant à la loi les garanties fondamentales en matière de libertés publiques. Ainsi, lors de la séance de la Commission constitutionnelle du Conseil d'État des 25 et 26 août 1958, le président Latournerie pose en ces termes la question de la pérennité de la jurisprudence *Labonne*, eu égard à cette nouvelle disposition constitutionnelle : « Ceci ne signifie pas que sera soustrait à l'autorité tout ce qui a rapport au pouvoir de réglementer le domaine des libertés publiques. Je pense qu'il s'agit seulement des garanties fondamentales, ce qui implique qu'elles appartiennent au législateur, mais que l'autorité exécutive n'est pas complètement dessaisie de ce qui a trait au domaine des libertés publiques : la matière de la police qui appartient traditionnellement à des autorités exécutives... »⁷⁶³.

Quelles que soient ces hésitations, le Conseil constitutionnel a nettement interprété cet article comme impliquant une compétence absolue du législateur, censurant même ses interventions incomplètes⁷⁶⁴. En particulier, il n'a pas reconnu, en matière de libertés publiques, une quelconque spécificité au secteur de la police. Il s'ensuit qu'on voit mal pourquoi, alors qu'il existe une réserve de loi, le règlement pourrait être édicté *praeter legem*.

La deuxième explication possible au maintien de la jurisprudence *Labonne* serait de considérer que le Conseil d'État a privilégié certaines considérations pratiques sur la rigueur du raisonnement juridique. C'est ce qu'exprime le

753 « En exécution de la loi » ou « pour l'exécution de la loi », selon la distinction exposée par Carré de Malberg (cf. *supra*).

754 *Droit Administratif général*, op. cit., p. 461, n° 728.

755 Article 34.

756 « Le Conseil d'État défenseur de l'Exécutif », contribution aux *Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 251.

757 Précitée.

758 Op. cit., p. 253.

759 *Théorie générale de l'État*, op. cit., vol. 1, p. 656. Exemple de cette doctrine, M. Mignon énonce que « la mission du maintien de l'ordre, de la salubrité, de la sécurité et de la tranquillité publiques fut très tôt reconnue comme la plus traditionnelle et la plus permanente du Gouvernement » (in « Une création continue du droit public français : le pouvoir réglementaire de l'Exécutif », *EDCE* 1950, p. 145).

760 *Ibid.*

761 *Ibid.*

762 Cf. L. FAVOREU, op. cit., p. 253.

763 *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. 3 : « Du Conseil d'État au référendum », La Documentation française, Paris, 1991, p. 104 et 105. Cette attitude se rattache à celle des premiers théoriciens de la réserve de loi qui semblait admettre que la réserve de la propriété et de la liberté ne restreignait pas les interventions spontanées du pouvoir réglementaire de police, même à l'intérieur des matières couvertes par cette clause. Cf. FOIS, *La riserva di legge*, op. cit., p. 53.

764 Cf. *supra*.

professeur Chapus à propos des arrêts validant l'obligation de la ceinture de sécurité : dans de telles affaires, « le Conseil d'État [...] n'a pas voulu faire de droit : sans se préoccuper et s'embarrasser de considérations juridiques, il a voulu tenir pour régulière une mesure qui lui a paru assez peu contraignante [...] et plus avantageuse que nuisible »⁷⁶⁵. Considérant la nécessité technique des mesures en cause, la Haute juridiction administrative aurait favorisé leur objet par rapport au cadre juridique qui leur sert de support. C'est cette répugnance à annuler des normes d'autant plus utiles qu'elles concernent la sécurité des personnes qui sous-tendraient les solutions retenues par le Conseil d'État.

Dans cette même perspective, L. Duguit a montré que l'attribution au Gouvernement de pouvoirs de police pouvait procéder d'un parti pris. Seul l'Exécutif serait à même d'édicter les dispositions urgentes et détaillées qu'exigent les situations de troubles potentiels à l'ordre public⁷⁶⁶. Autrement dit, par leur nature même, les mesures de police relèveraient du règlement plus que de la loi.

Ces éléments d'opportunité n'en diminuent pas moins la force de l'argumentation juridique, fondée sur la réserve de loi. Notamment, ils ne sauraient aboutir à restreindre l'exigence d'une loi préalable, qui conditionnerait le pouvoir réglementaire, et à laquelle il serait assujéti.

En tout état de cause, le non respect de la réserve de loi « autorisé » par la jurisprudence actuelle du Conseil d'État en matière de police, n'a pas pour conséquence corrélatrice d'inclure dans la réserve réglementaire ce domaine. En effet, comme le remarque le doyen Favoreu, une loi peut à tout moment intervenir pour réglementer un élément ressortissant à la police administrative⁷⁶⁷, en se fondant sur le titre de compétence que lui confère l'article 34⁷⁶⁸. Ce faisant, le Conseil constitutionnel ne pourrait délégaliser que les dispositions secondaires, sans remettre en cause la validité de la compétence législative, faute d'exister une norme constitutionnelle réservant à l'Exécutif la réglementation de police. En résumé, si la jurisprudence *Labonne* favorise l'édiction spontanée de règlements de police, elle n'institue pas une compétence réservée au profit du Gouvernement. Cette absence de protection contre le législateur trahit l'origine de la compétence gouvernementale de police : celle-ci ne se situe pas à un niveau constitutionnel.

De l'ensemble de ces considérations, il résulte que le Conseil d'État sera sans doute amené à réexaminer sa position relativement aux pouvoirs de police gouvernementaux. Certes, il n'existe aucun signe actuel d'évolution de sa jurisprudence, et opter en faveur de la compétence législative signifierait renoncer à ses capacités de contrôle juridictionnel sur ce secteur prestigieux (en tant qu'il concerne les droits fondamentaux) du contentieux. Néanmoins, l'ordre constitutionnel, tel qu'il apparaît à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, conduit à ce nouvel examen. Les institutions politiques l'ont bien compris, puisque l'intervention législative dans le domaine de la police a tendance à croître.

⁷⁶⁵ *Droit administratif général*, op. cit., p. 484.

⁷⁶⁶ *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 732.

⁷⁶⁷ Op. cit., p. 251.

⁷⁶⁸ Ceci n'est pas une hypothèse d'école. Ainsi, l'institution du permis de conduire à points découle de la loi n° 89-469 du 10 juillet 1989. Or, justement l'arrêt *Labonne* concernait la mise en place du permis de conduire. Le Gouvernement a donc considéré qu'il revenait désormais au législateur de définir les règles y relatives.

Toutefois, on notera que la jurisprudence et la doctrine belges ont elles aussi reconnu au Roi, la possibilité de faire des règlements propres à sauvegarder l'ordre et la sécurité publiques, « sans qu'il soit besoin d'une habilitation particulière à cet effet de la part du législateur »⁷⁶⁹. Le pouvoir s'appuie sur l'article 67 de la Constitution qui dispose que le Roi « fait les règlements et arrêts nécessaires pour l'exécution des lois... ». De la même façon, on se souvient que la jurisprudence du Tribunal suprême espagnol a elle aussi reconnu l'existence d'un pouvoir réglementaire de police *praeter legem*, auquel est inopposable quelque réserve de loi que ce soit⁷⁷⁰. Cette « internationale » du pouvoir de police témoigne de la difficulté de donner toute leur ampleur aux dispositions constitutionnelles.

La réserve de loi apparaît totalement transposable à l'ordonnement français. Elle permet d'appréhender la réalité du mécanisme institutionnel de délimitation des compétences entre la loi et le règlement, faisant ressortir le caractère irréductible de la compétence législative que consacre le droit positif.

Son institution, en 1958, n'a pas été immédiatement perçue dans toute sa portée par l'ensemble de la Doctrine, suscitant même de nombreuses réticences.

Pourtant, la nécessité de consacrer une véritable réserve de loi avait déjà été envisagée antérieurement à 1958, comme une solution à la crise de la loi et comme une limitation de son pouvoir infini de délégation. À ce titre, la Constitution gaulliste se présente comme une rupture avec une certaine tradition juridique française.

Il est vrai que la prétendue consécration simultanée d'une « réserve réglementaire » pouvait semer le trouble, dès lors qu'entendue comme interdisant de façon absolue l'intervention législative dans de nombreux secteurs normatifs.

La jurisprudence constitutionnelle devait lever les doutes initiaux, cantonnant le règlement dans une simple fonction d'exécution de la loi, et n'imposant pas la compétence réglementaire comme une compétence indéfectible. Il résulte du texte constitutionnel que non seulement la loi doit définir l'intégralité de la législation importante de la vie de la Nation, mais qu'elle peut valablement s'évader des secteurs réservés.

En réalité, la Constitution de 1958 considère l'acte législatif comme la seule norme discrétionnaire, la compétence de l'acte réglementaire étant épuisée par le développement des prescriptions législatives.

⁷⁶⁹ R. ERGEC, *Introduction au droit public*, T. 1, Story Scientia, Gand, 1990, p. 151 et 152.

⁷⁷⁰ Cf. *supra*, 1^{re} partie.

CONCLUSION

Malgré la diversité apparente des textes constitutionnels relatifs au système des sources, il existe un élément d'unité entre la France, l'Espagne et l'Italie : la compétence législative, déterminée par la Constitution, s'impose même au législateur. La loi se conçoit dans l'ensemble de ces pays comme possédant une compétence irréductible. Le concept de réserve de loi est l'élément unificateur, en tant que notion commune à ces ordonnancements. Il traduit le phénomène de « constitutionnalisation » du système normatif, et ses applications imparfaites par les juridictions ou par les administrations reflètent autant de résistances à ce mouvement : l'acceptation d'un pouvoir réglementaire non conditionné par la loi dans les matières pourtant réservées trouve son origine ancienne dans la conception de l'Exécutif en tant que pouvoir de police de la société et repose sur la primauté gouvernementale ; au contraire, l'acceptation des habilitations législatives procède de la conception de la loi comme norme jouissant d'une pleine souveraineté et se fonde sur la primauté parlementaire. L'une et l'autre de ces conceptions apparaissent aujourd'hui en décalage par rapport à la réalité constitutionnelle.

La réserve de loi permet d'appréhender cette dimension constitutionnelle du domaine législatif, sans qu'il y ait lieu de distinguer le cas français par rapport aux autres pays européens. Cette notion s'intègre naturellement à notre droit constitutionnel pour décrire la compétence législative sous la V^e République.

La prévision par l'article 34 de la Constitution de 1958 des matières réservées à la loi a donc eu pour effet de préserver l'intégrité de la compétence législative. Loin de diminuer le champ ouvert au législateur, la Constitution de 1958 a permis un renforcement de cet espace, au détriment de la compétence réglementaire potentielle. À l'exemple du droit comparé le Conseil constitutionnel a interprété les renvois à la loi présents dans la Constitution comme étant opposables au Parlement, imposant à ce dernier l'exercice effectif de sa compétence « en profondeur ». Les décisions du juge constitutionnel rendues au titre de l'incompétence négative du législateur s'appuient directement sur le texte constitutionnel, exactement comme les décisions des juges constitutionnels étrangers statuant sur ce moyen, se fondent sur les renvois à la loi disséminés dans les Constitutions qu'ils sont chargés d'appliquer. L'article 34 ne présente aucune spécificité sur ce point, par rapport aux autres textes constitutionnels, si ce n'est de rassembler *principalement* les matières réservées à la loi. À cet égard, l'interprétation retenue de la Constitution n'est pas divergente en regard de son contenu textuel : l'obligation d'exercer pleinement la compétence législative est la conséquence immédiate de la détermination de matières législatives. Elle était donc présente dès 1958, dans la mesure où la Constitution avait prévu une

possibilité de contrôle de la constitutionnalité des lois. La perspective du droit comparé montre que la jurisprudence constitutionnelle relative aux incompétences négatives ne constitue pas une déviation par rapport aux dispositions constitutionnelles, mais qu'au contraire elle représente une suite normale de l'établissement de matières réservées.

Les conclusions sont identiques quant à l'extension « en surface » de la loi. Dès l'origine, les matières réservées à la loi représentent les secteurs normatifs cruciaux, et bénéficient d'un fort potentiel d'expansion. C'est sur celui-ci que s'appuiera le Conseil constitutionnel pour donner à la loi la place importante qu'elle occupe aujourd'hui en France. Là encore, le débat sur l'ampleur et la détermination des matières relevant de la compétence législative, rejoint les préoccupations de la doctrine étrangère quant aux limites de la réserve de loi. Les interrogations suscitées quant aux frontières et à la portée de l'article 34 trouvent en écho l'abondant débat doctrinal italien ou espagnol sur l'existence d'une réserve totale de loi ou sur la conjugaison entre le principe de légalité et la réserve de loi.

Et les solutions consacrées sont comparables d'un pays à l'autre : la compétence irréductible de la loi consiste dans la définition des normes primaires, c'est-à-dire des fondements de toute régulation, le restant étant réservé au règlement qui, du fait de cette « densité législative », a pour seule marge de manœuvre le développement des prescriptions législatives. La question de l'étendue de la réserve de loi s'est donc posée (et continue de se poser) dans l'ensemble des pays limitrophes, à l'instar des premières interrogations de la doctrine française relative au contenu de l'article 34.

Le traitement appliqué à l'acte législatif en France est donc semblable à celui résultant des constitutions étrangères : la loi doit occuper de façon exclusive une place égale à celle accordée à ce type d'actes à l'étranger.

Non seulement le principe sous-jacent à l'article 34 n'est pas spécifique à la Constitution de 1958, mais encore ce texte a-t-il renforcé la place de la loi par rapport à ce qu'elle était antérieurement, en interdisant au législateur de renoncer à sa compétence. Il en va ainsi même dans l'hypothèse où le législateur a recours à l'article 38 de la Constitution. En ce cas aussi, il existe une compétence incompressible au profit du Parlement. Loin de justifier les craintes initiales, l'application de la Constitution de 1958 a, au contraire, protégé la compétence législative.

Elle a aussi impliqué une révision de la conception des relations entre la loi et le règlement. La loi s'est vue dépossédée de toute faculté d'habiliter le pouvoir exécutif, si bien que ce dernier ne peut intervenir, en temps normal, qu'en dehors des matières réservées à la loi. Et encore, ceci n'est-il valable que si la loi n'a pas occupé préalablement le secteur. Dans cette dernière hypothèse, le principe hiérarchique implique que le règlement ne puisse intervenir qu'après qu'une délégalisation ait été opérée, soit par voie juridictionnelle (cas de la France), soit par voie législative (cas de l'Italie ou de l'Espagne) : c'est le fameux « règlement délégué ».

Cette faculté d'intervention en dehors des matières réservées se fonde directement sur la Constitution et ne repose pas sur une invitation du législateur. La véritable question, présente dans tous les ordonnancements, réside dans la place accordée à la régulation réglementaire, ce qui revient à s'interroger sur les limites de la réserve de loi. Sur le plan contentieux, la validité du règlement ne dépend pas de la présence d'un renvoi du législateur, par hypothèse insusceptible d'influencer la répartition constitutionnelle des compétences. Les règlements sur renvoi doivent respecter la réserve de loi, si bien qu'ils possèdent le même champ

d'intervention que les règlements édictés spontanément. Intervenant sur un espace identique, déterminé par la proximité d'une réserve de loi et par la régulation législative effective, ces deux modalités d'exercice du pouvoir réglementaire se ramènent en réalité à une figure unique : la configuration constitutionnelle du règlement.

Or, l'importance des matières réservées à la loi en France ou à l'étranger, implique une délimitation verticale des compétences, conforme à la théorie de la formation du droit par degrés : la loi définit l'essentiel. Le règlement est donc cantonné à la mise en œuvre des prescriptions législatives. Autrement dit, la présence de nombreuses réserves de loi, concernant des secteurs normatifs fondamentaux, aboutit à restreindre la capacité autonome de décision de l'Exécutif, c'est-à-dire sa discrétionnalité. La place respective de la loi et du règlement, définie grâce à la réserve de loi, se résume, à cause de l'expansion des réserves définies dans les différentes Constitutions, à une opposition entre deux types de discrétionnalité : le législateur dispose d'un important pouvoir discrétionnaire dans le cadre constitutionnel ; le pouvoir réglementaire dispose d'un faible pouvoir discrétionnaire dans le cadre législatif.

Ainsi, la capacité d'action spontanée de l'Exécutif est compensée par sa nécessaire sujétion aux prescriptions législatives : il dispose d'un domaine d'intervention « en profondeur », ce qui lui interdit de poser des normes de base d'une matière. Il ne peut que développer des prescriptions législatives, imposées par la réserve de loi. Dispensé de la nécessité d'une autorisation législative, l'Exécutif n'est pas dispensé pour autant de la nécessité d'appuyer ses dispositions sur des prescriptions législatives. La configuration de la réserve de loi implique la sujétion du pouvoir réglementaire aux normes posées par la loi.

La transformation opérée par la Constitution de 1958 consiste donc à mettre en place une sujétion matérielle du règlement par rapport à la loi, au détriment de la sujétion formelle : l'Exécutif ne peut que développer les prescriptions législatives, sans pour cela avoir à se fonder sur un renvoi législatif particulier. Finalement, le cantonnement du Gouvernement dans sa fonction d'exécution de la loi, fixée par l'article 21 de la Constitution actuelle, héritière sur ce point des textes antérieurs, est mieux réalisé par l'asservissement du règlement à des dispositions législatives préalables, que par la simple exigence d'un renvoi législatif, véritable habilitation pouvant confiner au blanc-seing. Fondé directement sur la Constitution, le règlement n'est plus pris en exécution de la loi, pouvant même intervenir spontanément sans qu'existe aucun renvoi ; mais, cantonné par l'importance inéluctable des réserves de loi, il est nécessairement pris pour l'exécution de la loi.

Dans ces conditions, les craintes exprimées quant à l'ampleur des pouvoirs normatifs de l'Exécutif dans les premiers temps de la Constitution sont aujourd'hui complètement dépassées : l'autonomie dont dispose le Gouvernement concerne seulement le pouvoir d'édiction des règlements et se manifeste par la capacité d'édiction spontanée. S'agissant du contenu du règlement, l'Exécutif ne dispose par contre que d'une marge très réduite, puisque limitée par la compétence obligatoire du législateur : l'ampleur et la notion même de réserve excluent que l'acte réglementaire ait un contenu autonome. Les dispositions réglementaires, pour être édictées par un pouvoir propre, n'en sont pas moins assujetties quant à leur contenu aux prescriptions législatives.

La grande œuvre de la Constitution de 1958 est d'avoir assuré effectivement la subordination des règlements à la loi. Conformément à la théorie kelsenienne, le rôle du règlement et la place corrélatrice qui lui est faite, est de mettre en œuvre

les dispositions législatives, sans pouvoir les mettre en cause. Les secteurs normatifs couverts par le règlement concernent l'exécution de la loi, comme le prouve la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la délimitation des compétences entre la loi et le règlement. On peut alors s'interroger sur l'existence d'un domaine matériel du règlement, la Constitution prévoyant des procédures afin de sauvegarder cette attribution réglementaire contre les intrusions législatives.

Ce dernier point confère à la Constitution française une véritable spécificité par rapport aux lois fondamentales étrangères : l'Exécutif peut, s'il le désire, défendre l'espace que lui offre la Constitution, contre les incursions de la loi. Compte tenu de l'ampleur de la réserve de loi, ceci aboutit à permettre d'éviter ou de corriger les interventions législatives dans le domaine de l'exécution. Le Parlement est ainsi cantonné à la définition des normes de principe, l'entrée dans la régulation de détail étant toujours précaire et révocable, puisque susceptible d'être remise en cause par l'Exécutif.

Ceci présente incontestablement un grand avantage par rapport aux constitutions étrangères qui, du fait de l'absence de domaine attribué au pouvoir réglementaire, ne permettent pas de lutter contre l'excès de législation et contre les tendances parlementaires à l'expansion de la loi, justifiées par des considérations électorales. Il n'existe en effet aucun mécanisme constitutionnel susceptible de freiner ou de restreindre cette « surlégifération ». C'est sur la seule autolimitation de la loi que repose alors l'équilibre entre les deux types d'actes normatifs. Celui-ci est ainsi d'une grande fragilité.

Au contraire, en France, l'inscription dans la Constitution de la séparation entre loi et règlement conduit à permettre à tout moment à l'Exécutif de recentrer la place relative de la loi et du règlement, évitant la confusion préjudiciable entre la loi et le règlement.

Tel était d'ailleurs le seul objectif des constituants en instituant une répartition entre la loi et le règlement : « Un observateur de notre vie parlementaire aurait pu, entre les deux guerres, mais davantage encore depuis la Libération, noter cette double déviation de notre organisation politique : un Parlement accablé de textes et courant en désordre vers la multiplication des interventions de détail, mais un Gouvernement traitant sans intervention parlementaire des plus graves problèmes nationaux. Le résultat de ces deux observations conduisait à une double crise : l'impuissance de l'État, du fait que l'Administration était ligotée par des textes inadmissibles ; la colère de la nation, du fait qu'une coalition partisane placée au Gouvernement la mettait devant de graves mesures décidées sans avoir été préalablement soumises à un examen sérieux. Définir le domaine de la loi, ou plutôt du Parlement, ce n'est pas réduire la vie parlementaire, c'est également, par détermination des responsabilités du Gouvernement, assurer entre le Ministère et les Assemblées une répartition nécessaire des tâches »¹. Bel exemple de *continuum* entre l'intention des Constituants, la Constitution et l'interprétation qui en est faite...

BIBLIOGRAPHIE

FRANCE

OUVRAGES

BAUDREZ (M.), Les actes législatifs du Gouvernement en Italie (Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien), Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1994.

CAHEN (G.), *La loi et le règlement*, éd. Arthur Rousseau, Paris, 1903.

CARRÉ DE MALBERG (R.), Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Sirey, Paris, 1933.

- *La loi expression de la volonté générale*, Réed. Coll. classique Economica, Paris, 1981.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome 1, éd. Monchrestien, Coll. précis Domat, Paris, 8^e éd., 1994.

CHÉROT (J.-Y.), *Le comportement parlementaire*, Economica, Paris, 1984.

DURAND (Ch.) et LANZA (A.), *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIX^e siècle*, PUAM, Aix-en-Provence, 1976.

FAVOREU (L.) (sous la direction de...), *Le domaine de la loi et du règlement*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2^e éd., 1982.

- *Les cours constitutionnelles*, Coll. Que sais-je ? n° 2293, PUF, Paris, 2^e éd., 1993.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 8^e éd., 1995.

GAÏA (P.), *Le Conseil constitutionnel et le contrôle de l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1991.

GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs*, éd. STH, Paris, 1988.

¹ Allocution de M. DEBRÉ devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, séance du 27 août 1958. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, 1991, Vol. 3, p. 257.

GROUX (J.), *Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958*, NED, La Documentation française, n° 1908-1959, 1963.

GUIEZE (J.-L.), *Le partage des compétences entre la loi et le règlement en matière financière*, LGDJ, Paris, 1974.

ISAAC (G.), *Droit communautaire*, Masson, Paris, 4^e éd., 1994.

LOUIS (J.-V.), *L'ordre juridique communautaire*, Office des publications officielles des communautés européennes, Coll. perspectives européennes, Luxembourg, 6^e éd., 1993.

LUCHAIRE (F.), CONAC (G.) (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Economica, Paris, 2^e éd., 1987.

MESTRE (A.), *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*, LGDJ, Paris, BDP 116, 1974.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, éd. Les cours de droit, IEP Paris, 1981.

OULD BOUBOUTT (A.-S.) : *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1987.

PHILIP (L.), *Droit fiscal constitutionnel*, Economica, Coll. Finances publiques, Paris, 1990.

PICARD (E.), *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, 1984, (2 volumes).

RENOUX (Th.S.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, PUAM-Economica, Coll. Droit public positif, 1984.

WALINE (M.), *Traité de droit administratif*, Sirey, Paris, 7^e éd., 1957.

ARTICLES

AMSELEK (P.), « L'impact de l'intégration sur les institutions budgétaires françaises », in *La France et les communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1975, p. 873 et s.

AUBY (J.-M.), « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP* 1953, I, 1080.

BELLOUBET-FRIER (N.), « Le statut des agents non titulaires de l'État », *AJDA* 1990, p. 851 et s.

BERTHELEMY (H.), « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *RPP* 1898, p. 5 et s.

CHAPUS (R.), « De la soumission au Droit des règlements autonomes », *Dalloz*, 1960, Chronique p. 100 et s.

- « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois », *RDP* 1953, p. 955 et s.

CHARPENTIER (J.), « Les lois-cadres et la fonction gouvernementale », *RDP* 1958, p. 220 et s.

DOUCET (J.-P.), « Le permis à points a-t-il été mis en vigueur hors délai ? », *Gazette du Palais*, dimanche 5 au mardi 7 juillet 1992, p. 1-3.

DUFFAU (J.-M.), « Grandeur et décadence du Règlement d'administration publique », *AJDA* 1980, p. 468 et s.

EISENMANN (Ch.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE* 1957, n° 11, p. 25 et s.

ESMEIN (A.), « De la délégation du pouvoir législatif », *RDP* 1895, p. 200 et s.

FAVOREU (L.), « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, p. 429 et s.

- « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987, n° 6, p. 871 et s.

- « Les règlements autonomes existent-ils ? », *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, p. 405 et s.

- « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? », *RFDA* 1987, p. 686 et s.

- « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 1988, p. 145 et s.

- « Les sources normatives secondaires en droit français », Communication présentée au Colloque international organisé par l'Université de Florence sur le thème : *Les sources normatives secondaires en droit comparé*, 12-13 mai 1989.

- « La loi », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1990, p. 79 et s.

- « Le Conseil d'État défenseur de l'exécutif », *Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 237 et s.

- GALICHON (G.), « Aspects de la procédure législative en France », *RFSP* 1954, p. 735-893.
- HAMON (L.), « Les domaines de la loi, et du règlement : à la recherche d'une frontière », *D.* 1960, chronique p. 253 et s.
- HAMON (L.), COURVOISIER (C.), « Vie et droit parlementaire », chronique *RD.P.*
- LONG (M.), « Droit administratif économique et financier », *AJDA* 1956, II, 335-340.
- LUCHAIRE (F.), « Le règlement et l'acte réglementaire en droit constitutionnel français », *Mélanges Léo Hamon*, Coll. politique comparée, Economica, Paris, 1982, p. 445 et s.
- « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA* 1979, p. 3 et s.
 - « Législation et jurisprudence : Le Conseil d'État et la Constitution », *RA* 1979, p. 141-145.
- M. (J.-G.), « Toujours à propos du permis à points- légalité ou non du décret », *Gazette du Palais*, 23 juillet 1992, p. 3-7.
- MARTIN (M.), « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre le domaine législatif et le domaine réglementaire », *RPDA* 1958, p. 8 et s.
- MASPETIOL (R.), « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *EDCE* 1949, p. 50 et s.
- MEGRET (C.) et SOHIER (M.), « Le rôle de l'Exécutif national et du législateur national dans la mise en œuvre du droit communautaire » in *Droit communautaire et droit national*, De Tempel, Bruges, 1965, p. 117 et s.
- MIGNON (M.), « Une création continue du droit public français : le pouvoir réglementaire de l'exécutif », *RA* 1950, p. 144 et s.
- MODERNE (F.), « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État », contribution au colloque sur *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Monchrestien, Paris, 1988, p. 313 et s.
- MOREAU (J.) « Le caractère réglementaire ou législatif des règles de procédure administrative et contentieuse en droit français positif », *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, p. 635.
- NEGRIER (E.), « Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle : l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel », *RD.P.* 1990, p. 767 et s.

- PACTET (P.), « La loi, permanence et changements », *Mélanges R. Chapus*, Monchrestien, Paris, 1992, p. 503 et s.
- PICARD (E.), « L'évolution du droit du permis de conduire », *RFDA* 1993, p. 128 et s.
- PIERRE-CAPS (S.), « L'adaptation du Parlement français au système communautaire », *RFDC* n° 6-1991, p. 233 et s.
- POUYAUD (D.) « Les décrets réglementaires du Président de la République », *RFDA* 1993, p. 55 et s.
- PRIET (F.), « L'incompétence négative du législateur », *RFDC* 1994, p. 59 et s.
- QUINTY (D.) et JOLY (G.), « Le rôle des parlements européens et nationaux dans la fonction législative », *RD.P.* 1991, p. 395 et s.
- RAINAUD (J.-M.), « L'incidence du droit communautaire sur le droit public français », in *La France et les communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1975, p. 837 et s.
- RENOUX (Th.S.), « Incompétence négative », *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992.
- « Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français », *LPA* 1992, n° 31, p. 18 et s.
- ROY (M.-P.), « La réforme des délégations parlementaires pour les communautés européennes : la loi du 19 mai 1990 », *RRJ* 1991, p. 13 et s.
- SACCONE (G.), « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 dans le cadre des saisines parlementaires », *AIJC* 1985, p. 169 et s.
- SCHMITTER (G.), « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AIJC* 1989, p. 137 et s.
- VENEZIA (J.-C.), « Les mesures d'application », *Mélanges René Chapus*, Monchrestien, Paris, 1992, p. 673 et s.
- VILLIERS (M. de), « La jurisprudence de l'état de la législation antérieure », *AJDA* 1980, p. 387 et s.
- VINCENT (F.), « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA* 1965, p. 564 et s.
- WALINE (M.), « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *RD.P.* 1959, p. 699 et s.

- « Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétences et limites) », *RD* 1958, p. 507 et s.

THESES

- BRACHET (B.), *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement*, thèse, Bordeaux, dactyl., 1965.
- CAR (J.-C.), *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse, Aix-en-Provence, 1993.
- DUFFAU (J.-M.), *Le pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé*, thèse, Paris II, dactyl., 1975.
- MERENTIER (C.), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, thèse, Aix-en-Provence, 1991.
- OLIVA (E.) : *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse, Aix-en-Provence, 1991.
- POULET-GIBOT LECLERC (N.), *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, thèse Limoges, PUF, 1990.

NOTES ET CONCLUSIONS

- ABRAHAM (R.), conclusions sur Conseil d'État, 17 mai 1991, *RD* 1991, p. 1429 et s.
- AUBRY (F.-X.), note sous Conseil d'État, 27 novembre 1992, *AJDA* 1993, p. 208 et s.
- AUBY (J.-M.), note sous Conseil d'État, 13 juillet 1962, *D.* 1963, p. 606 et s.
- note sous Conseil d'État, 2 février 1983, *RD* 1984, p. 212 et s.
- note sous Conseil d'État 25 juillet 1975, *RD* 1976, p. 342 et s.
- AZIBERT (M.) et BOISDEFFRE (M. de), chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA* 1989, p. 82 et s.
- BOURDONCLE (R.), note sous Conseil d'État, 19 décembre 1958, *D.* 1959, jurisprudence, p. 559 et s.
- BRAIBANT (G.), conclusions sur Conseil d'État, 27 novembre 1964, *Droit social* 1965, p. 329 et s.
- conclusions sur Conseil d'État, 13 juillet 1962, *RD* 1962, p. 739 et s.

- CHARDEAU (J.), conclusions sur Conseil d'État, 21 novembre 1958, *D.* 1959, jurisprudence, p. 475 et s.
- CHEVALLIER (J.), note sous Conseil d'État, 20 novembre 1970, *AJDA* 1971, II, 483.
- COMBARNOUS et FOURNIER, « Décrets-lois et matières réservées au législateur », chronique générale de jurisprudence, *AJDA* 1958, II, 220.
- FROMONT (M.), note sous Conseil d'État, 24 novembre 1961, *D.* 1962, jurisprudence, p. 425-429.
- GALABERT (J.M.) et GENTOT (M.), chronique de jurisprudence administrative, *AJDA* 1961, p. 75.
- GALMOT (M.), conclusions sur Conseil d'État, 16 juin 1967, *JCP*, II, 15303.
- GENEVOIS (B.), conclusions sur Conseil d'État, 22 décembre 1978, *RTDE* 1979, p. 717 et s.
- GERVAIS (A.), note sous Conseil d'État, 7 juillet 1950, *D.* 1950, jurisprudence, p. 539 et s.
- GRÉVISSE (S.), conclusions sur Conseil d'État, 7 février 1958, *AJDA* 1958, II, 130-141.
- GUILLAUME (E.), conclusions sur Conseil d'État, 16 décembre 1988, *RD* 1989, p. 521-530.
- KESSLER (D.), conclusions sur Conseil d'État, 10 septembre 1992, *RD* 1992, p. 1799 et s.
- LAUBADÈRE (A. de), note sous Conseil d'État, 2 mai 1958, *D.* 1958, jurisprudence, p. 732-735.
- LAURENT (P.), conclusions sur Conseil d'État, 16 mars 1956, *D.* 1956, jurisprudence, p. 253-255.
- LEGAL (H.), conclusions sur Conseil d'État, 23 octobre 1992, *D.* 1992, jurisprudence, p. 512.
- LIET-VEAUX (G.), note sous Conseil d'État, 18 mars 1959, *RA* 1959, p. 160-163.
- note sous Conseil d'État, 10 octobre 1958, *RA* 1958, p. 625-627.
- LONG (M.), conclusions sur Conseil d'État, 4 juillet 1958, *JCP* 1959, II, 11117.
- MASSOT (J.), note sous Conseil d'État, 23 octobre 1992, *LPA* 1992, n° 133, p. 4 et s.

- MATHIEU (B.), notes sous Conseil d'État, 13 novembre 1992, *AJDA* 1993, p. 221 et s.
- MORANGE (G.), note sous Conseil d'État, 17 décembre 1975, *D.* 1977, jurisprudence, p. 73 et s.
- PACTEAU (B.) : note sous Conseil d'État, 22 janvier 1982, *D.* 1982, jurisprudence, p. 494 et s.
- PEISER (G.), « Actes législatifs et administratifs », *AJDA* 1968, p. 166 et s.
- PRETOT (X.), conclusions sur TA Versailles, 17 octobre 1989, *AJDA* 1990, p. 50 et s.
- S. (V.), note sous Conseil d'État, 24 novembre 1961, *AJDA* 1962, II, 313.
- T. (J.), note sous Conseil d'État, 24 novembre 1961, *AJDA* 1962, II, 114.
- THERY (J.), conclusions sur Conseil d'État, 20 novembre 1970, *AJDA* 197, II, 519.
- TOUTEE (H.), conclusions sur Conseil d'État, 20 mars 1992, *AJDA* 1992, p. 293 et s.
- TRICOT (B.), conclusions sur Conseil d'État, 18 juin 1958, *D.* 1958, jurisprudence, p. 656 et s.
- TROTABAS (L.), note sous Conseil d'État, 21 novembre 1958, *D.* 1959, p. 477 et s.
- TRUCHET (D.), « Audiovisuel : les limites du pouvoir réglementaire d'une autorité indépendante », *RFDA* 1991, p. 635 et s.
- VAN TUONG (N.), note sous Cass. comm., 6 avril 1993, *JCP* 1993, II, 218.
- WALINE (M.), notes de jurisprudence, *RDP* 1950, p. 696 et s.

ESPAGNE

OUVRAGES

- AJA (E.), TORNOS (J.), FONT (T.), PERULTES (J.-M.), ALBERTI (E.), *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BANO LEON (J.-M.), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.
- BASSOLS COMA (M.), *La jurisprudencia del tribunal de garantías constitucionales de la segunda república española*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1981.
- BON (P.), MODERNE (F.), RODRIGUEZ (Y.) : *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica-Puam, Coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1984.
- GARCIA DE ENTERRIA (E.) : *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1983.
- GARCIA DE ENTERRIA (E.) et FERNANDEZ (T.-R.) : *Curso de derecho administrativo*, civitas, Madrid, 1983, 3^{ed}.
- GARCIA MACHO (R.) : *La reserva de ley*, Ariel, Barcelone, 1988.
- GARRORENA MORALES (A.), *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1980.
- OTTO (I. de) : *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel derecho, Barcelone, 1987.
- PECES-BARBA (G.) : *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988.

ARTICLES

- ALONSO-GARCIA (R.), « La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español », *RAP* 1990, n° 121, p. 213 et s.
- ARINO ORTIZ (G.), « Leyes singulares, leyes de caso unico », *RAP* 1989, n° 118, p. 57.
- BAENA DEL ALCAZAR (M.), « Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española », in *La constitucion española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, 1979, vol. 1, p. 283 et s.
- BANO LEON (J.-M.), « Los ambitos del reglamento independiente », in *Estudios en Homenaje al profesor Garcia de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- CLAVERO AREVALO (M.-F.), « Existen reglamentos autonomos en el derecho español ? », *RAP* 1970, n° 62, p. 9 et s.
- COLOM PASTOR (B.), « reglamento independiente y potestad reglamentaria : cinco años de experiencia constitucional », *REDA* 1984, n° 40-41, p. 239 et s.
- ESTEVE PARDO (J.), « Sanciones administrativas y potestad reglamentaria », *REDA* 1986, n° 49, p. 99 et s.
- FERNANDEZ FARRENES (G.), « El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », *REDC* 1984, n° 12, p. 105 et s.

- FERNANDEZ PASTRANA (J.-M.), « Médicos especialistas : reflexiones sobre una reciente jurisprudencia », *RAP* 1990, n° 123, p. 303 et s.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ (T.-R.), « La remission normativa y el control de reglamentos en dos sentencias recientes », *RAP* 1970, n° 63, p. 183 et s.
- GARRIDO FALLA (F.), « Dictamen sobre posible inconstitucionalidad de la ley 1/1991, del Parlamento de las islas baleares (la reserva del ejecutivo) », *RAP* 1991, n° 126, p. 513 et s.
- GONZALEZ GARCIA (E.), « El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978 », in *La constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, 1979.
- JIMENEZ CAMPO (J.), « Que es "lo basico" ? Legislación compartida en el estado autonómico », *REDC* 1989, n° 27, p. 39 et s.
- LAMARCA PEREZ (C.), « Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española », *REDC* 1987, n° 20, p. 99 et s.
- LOPEZ AGUILAR (J.-F.), « La reserva constitucional de ley en materia penal », *REDC* 1991, n° 33, p. 105 et s.
- LOPEZ RAMON (F.), « Reflexiones sobre la libertad profesional », *RAP* 1983, n° 100-102, p. 651 et s.
- LOZANO SERRANO (C.), « Las fuentes del derecho en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional : aplicación al ordenamiento financiero », *RAP* 1982, n° 99, p. 111.
- MODERNE (F.), « Les relations entre le Parlement et l'administration de l'Espagne contemporaine », in *Parlement et administration en Europe*, éd. du CNRS, 1982, sous la direction de Ch. Debbasch.
- MUNOZ MACHADO (S.), « Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español », *RAP* 1975, n° 77, p. 139-180.
- PRIETO SANCHIS (L.), « La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho », *REDC* 1982, n° 4, p. 99 et s.
- PULIDO QUECEDO (M.), « Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones publicas », *REDC* 1990, n° 30, p. 161 et s.
- PUNSET BLANCO (R.), « Las garantías material y formal del derecho fundamental a la legalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 1992, n° 4, p. 101 et s.
- PUNSET (R.), « Sujetos, actos impugnables y presupuesto de la impugnación de los conflictos positivos de competencia », *REDC* 1989, n° 26, p. 89 et s.

RAZQUIN LIZARRAGA (M.-M.), « Ley autonómica, reglamento y control », *RAP* 1992, n° 128, p. 107 et s.

REBOLLO PUIG (M.), « Juricidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno », *RAP* 1991, n° 125, p. 7 et s.

RUBIO LLORENTE (F.), « Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley », *RAP* 1983, n° 100/103, vol 1, p. 478.

- « El principio de legalidad », *REDC* 1993, n° 39, p. 9 et s.

RUIZ (J.), « La aplicación del derecho comunitario europeo y la Constitución española de 1978 », in *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 273 et s.

SAINZ MORENO (F.), « El estatuto de la función pública después de la sentencia TC 99-1987 y de la ley 23-1988 », *RAP* 1988, n° 117, p. 321 et s.

SALA HERNANDEZ (J.), « De nuevo sobre los reglamentos autónomos en el derecho español », *RAP* 1978, n° 84, p. 645 et s.

ITALIE

OUVRAGES

AMATO (G.), *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, Giuffrè, Milan, 1962.

BARILE (P.), *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padoue, 5^e édition, 1987.

CARETTI (P.) et DE SIERVO (U.), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Il mulino, Bologne, 1990.

CARLASSARE (L.), *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padoue, 1966.

CERRONE (F.), *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Giappichelli, Turin, 1991.

CRISAFULLI (V.), *Lezioni di diritto costituzionale*, vol.2, CEDAM, Padoue, 1984.

CRISAFULLI (V.) et PALADIN (L.), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padoue, 1990.

FOIS (S.), *La riserva di legge*, Giuffrè, Milan, 1963.

LAVAGNA (C.), *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Turin, 1986.

MARCHIANO (G.), *La funzione regolamentare*, CEDAM, Padoue, 1988.

PALADIN (L.), *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padoue, 1991.

ZAGREBELSKY (G.), *Diritto costituzionale*, UTET, Turin, vol. 1, 1990.

ARTICLES

BARTOLE (S.), « Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del governo. A proposito della legge n. 400 del 1988 », *Giuris. cos.* 1988, p. 1469 et s.

CARLASSARE (L.), « Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto col principio di legalità », *Giuris. cos.* 1988, p. 1477 et s.

- « Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare », *Quaderni costituzionali* 1990, p. 7 et s.

CHELI (E.), « Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare », *Quaderni costituzionali* 1990, p. 53 et s.

ESCARRAS (J.C.), « Deux "aggiornamenti" des institutions italiennes », *RFDC* 1990, n° 3, p. 416 et s.

FOIS (S.), « Norme anteriori e riserva di legge », *Giuris. cos.* 1968, p. 1072 et s.

- « Ancora sulla "riserva di legge" e la libertà economica privata », *Giuris. cos.* 1958, p. 1255 et s.

- « legalità (Principio di) », *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Giuffrè, Milan 1973, p. 648 et s.

LABRIOLA (S.), « Compressione e deviazione non ampliamento, dei poteri normativi dell'esecutivo in Italia », *Quaderni costituzionali* 1988, p. 93 et s.

MANGIAMELI (S.), « Disapplicazione del regolamento o illegittimità costituzionale della legge di autorizzazione : una scelta rimessa ai giudici ? », *Giuris. cos.* 1987, p. 35 et s.

MERZ (S.), « Osservazioni sul principio di legalità », *RTDP* 1976, p. 1355.

NICCOLAI (S.), « Riserva di legge e organizzazione della Pubblica Amministrazione », *Giuris. cos.* 1988, p. 3304 et s.

PACE (A.), « I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella l. n° 400 del 1988 », *Giuris. cos.* 1989, p. 1483 et s.

PEDETTA (M.), « Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti », *Giuris. cos.* 1983, p. 672 et s.

PIZZORUSSO (A.), « Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano », *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1989, p. 269 et s.

PIZZORUSSO (A.), « La disciplina dell'attività normativa del governo », *Le regioni*, 1987, p. 330 et s.

- « Il difficile cammino del riordinamento del sistema delle fonti », *Giuris. cos.* 1991, p. 4261 et s.

SANDULLI (A.), « Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori », *Giuris. cos.* 1969, p. 2166 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Préface, de Louis FAVOREU.....	5
Sommaire	9
Liste des abréviations	11
INTRODUCTION.....	13

PREMIÈRE PARTIE

LA RÉSERVE DE LOI EN TANT QUE NOTION DE DROIT COMPARÉ

Titre I

Le concept de réserve de loi.....	21
-----------------------------------	----

Chapitre I

La naissance de la réserve de loi sous la monarchie constitutionnelle allemande.....	22
<i>Section I - L'emprise de la réserve de loi.....</i>	<i>24</i>
§ 1 - La détermination du champ réservé à la loi	24
§ 2 - La fonction de délimitation de la réserve de loi	26
<i>Section II - La portée de la réserve de loi</i>	<i>29</i>
§ 1 - La distinction entre réserve de loi et préférence de loi.....	29
§ 2 - La réserve de loi ne s'impose pas au législateur	32

Chapitre II

La signification actuelle de la réserve de loi.....	36
<i>Section I - La fonction de la réserve de loi</i>	<i>36</i>
§ 1 - La réserve de loi, garantie de la minorité	37
§ 2 - Les justifications complémentaires	42
<i>Section II - La distinction entre réserves relative et absolue</i>	<i>45</i>
§ 1 - Le principe de distinction.....	46
A - Une distinction doctrinale.....	46
B - La réception de cette distinction	48
§ 2 - La relativisation de la distinction.....	51
A - La porosité de la réserve absolue	51
B - Le difficile fondement de la distinction.....	53

Chapitre III

La transformation de la réserve de loi dans la perspective de l'intégration européenne.....	57
<i>Section I - Les données de l'exécution du droit communautaire.....</i>	<i>58</i>
§ 1 - Le principe d'autonomie institutionnelle.....	58
§ 2 - Les handicaps de la voie législative.....	61
<i>Section II - Le rôle de la réserve de loi dans l'exécution du droit communautaire</i>	<i>63</i>
§ 1 - Le maintien d'une certaine compétence	63
§ 2 - La substitution de la compétence communautaire à la compétence législative.....	66

Titre II**La réserve de loi en droit comparé.... 71****Sous Titre I****La réserve de loi dans l'ordonnancement espagnol..... 72****Chapitre I**

L'intégration d'une réserve de loi au sein du bloc de constitutionnalité.....	73
<i>Section I - L'évolution constitutionnelle.....</i>	<i>73</i>
§ 1 - La situation antérieure à 1978.....	73
A - La période franquiste et la recherche d'une réserve de loi ...	74
B - La tentation de la réserve réglementaire.....	79
§ 2 - La consécration d'une "reserva de ley" par la Constitution de 1978.	83
A - La structure de la réserve de loi	84
B - La primauté de la loi.....	95
<i>Section II - La réserve de loi comme paramètre du contrôle de la loi.....</i>	<i>107</i>
§ 1 - Le contrôle des renvois législatifs.....	107
A - Le principe du contrôle.....	108
B - Les applications du contrôle	112
§ 2 - L'intensité du renvoi législatif.....	117
A - L'existence de secteurs à forte détermination réglementaire	118
B - La définition d'un règlement exécutif.....	124

Chapitre II

Les implications de la réserve de loi.....	130
<i>Section I - La question du règlement indépendant</i>	<i>130</i>

§ 1 - L'admission des règlements indépendants <i>ad intra</i>	131
A - La justification théorique du règlement indépendant <i>ad intra</i>	132
B - La place de la réserve de loi au sein de l'organisation administrative.....	135
§ 2 - L'admissibilité du règlement indépendant <i>ad extra</i>	138
A - La discussion doctrinale.....	138
B - La réception de la controverse	142
<i>Section II - Le jeu de la réserve de loi dans l'État autonome (art. 149 CE).....</i>	<i>147</i>
§ 1 - La collaboration internormative pour la définition des bases	148
A - Des conflits positifs de compétence comme conflits de rang normatif	149
B - La répartition constitutionnelle en matière de normes basiques.....	153
C - Les implications de la répartition normative "basique".....	157
§ 2 - Compétence de législation et de coordination	162
A - L'absence de réserve de loi spécifique.....	163
B - Le contenu de "l'exécution" de la "législation".....	165

Sous titre 2**La réserve de loi dans l'ordonnancement italien..... 170****Chapitre I**

La consécration de réserves de loi.....	172
§ 1 - L'application de la réserve de loi.....	173
A - La réserve de loi dans la perspective de la question de constitutionnalité.....	173
B - L'application dans le temps de la réserve de loi.....	176
§ 2 - Le champ de la réserve de loi	180

Chapitre II

Le réaménagement du pouvoir réglementaire gouvernemental.....	186
§ 1 - La consécration du règlement indépendant.....	187
§ 2 - La consécration du règlement délégué	194

DEUXIÈME PARTIE

LA TRANSPOSABILITÉ
DE LA RÉSERVE DE LOI EN DROIT FRANÇAIS

Titre I

La consécration d'une réserve de loi
en droit positif..... 209

Chapitre I

La situation antérieure à la Constitution de 1958..... 210

Section I - L'évolution des conceptions françaises de la réserve de loi..... 210

§ 1 - La difficile conception d'une réserve de loi dans la tradition du droit
public français 211

A - La controverse sur l'existence d'une réserve de loi..... 211

B - La doctrine de Carré de Malberg..... 216

§ 2 - La genèse d'une réserve de loi sous la IV^e République 221

A - La consécration d'une réserve de loi..... 222

B - La détermination du contenu de la réserve de loi..... 225

Section II - La pénétrabilité de la réserve de loi..... 230

§ 1 - En présence d'une clause de protection de la réserve 231

A - La réalité de la protection..... 232

B - La portée de la protection..... 235

§ 2 - En l'absence d'une clause de protection..... 237

A - Les limitations du règlement d'application des lois 238

B - La notion "d'innovations indispensables
pour la réalisation des dispositions de la loi"..... 241

Chapitre II

L'indisponibilité de la compétence législative
sous la V^e République..... 245

Section I - Les réserves de lois originaires 247

§ 1 - La réserve de loi fiscale..... 248

§ 2 - La réserve de loi pénale..... 252

Section II - L'extension de la réserve de loi 258

§ 1 - La réserve de loi relative aux droits fondamentaux..... 258

§ 2 - La diversité des réserves de loi..... 261

§ 3 - Les sources des réserves de loi..... 264

Section III - L'appréciation de la jurisprudence de l'incompétence négative... 266

§ 1 - La définition d'un pouvoir réglementaire d'exécution..... 266

§ 2 - Réserve de loi et entrée en vigueur de l'acte législatif..... 268

§ 3 - La structure de la réserve de loi..... 271

Titre II

La réserve de loi et le champ d'intervention
du pouvoir réglementaire..... 275

Chapitre I

Réserve de loi et habilitation législative..... 276

Section I - La réserve de loi prohibe l'habilitation législative..... 276

§ 1 - La délimitation constitutionnelle..... 277

A - La compétence législative est opposable au législateur 277

B - L'admission par le législateur de l'immutabilité
de sa compétence..... 279

§ 2 - Le pouvoir réglementaire en tant que pouvoir originaire..... 283

A - L'origine constitutionnelle du pouvoir réglementaire
réglementaire..... 283

B - La permanence du pouvoir réglementaire..... 286

Section II - De l'impossibilité d'éluder la réserve de loi par le recours à l'article
38 de la Constitution..... 288

§ 1 - Le contrôle des renvois opérés par la loi d'habilitation 289

A - L'exigence de précision de l'habilitation..... 290

B - La relativité de la distinction entre ordonnances
et règlements d'application 291

§ 2 - Le contrôle des renvois opérés par les ordonnances..... 293

A - Le contrôle du contenu de l'ordonnance
par rapport à la réserve législative..... 293B - Les antécédents de cette jurisprudence :
la vérification des renvois opérés par décret-loi 296

Chapitre II

La portée du renvoi législatif..... 299

Section I - L'utilité perdue du renvoi législatif (après 1958)..... 299

§ 1 - Le renvoi, instrument d'habilitation 299

§ 2 - Le renvoi, instrument de délégalisation..... 303

Section II - L'utilité maintenue du renvoi législatif..... 307

§ 1 - La définition d'une procédure d'édiction du règlement 308

§ 2 - La modification du détenteur du pouvoir réglementaire..... 313

§ 3 - L'institution d'une obligation d'exécution de la loi ? 317

Titre III

La réserve de loi et le champ d'intervention

du pouvoir législatif..... 323

Chapitre I

La réserve de loi comme limite à la compétence législative
(La question de la réserve réglementaire)..... 325

Section I - Les caractères de la réserve réglementaire 327

§ 1 - Les techniques de délimitation..... 327

A - Le critère de l'état de la législation antérieure 328

B - Le critère "mise en cause /mise en œuvre" 332

§ 2 - La précarité de la réserve réglementaire..... 336

Section II - Le contenu de la réserve réglementaire..... 341

§ 1 - La détermination d'une compétence d'exécution réservée 342

A - La loi en tant que norme primaire..... 342

B - Le règlement en tant que norme secondaire 346

§ 2 - L'inclusion du règlement *ad intra* au sein la réserve réglementaire 348

A - La constitutionnalisation

d'un certain pouvoir réglementaire *ad intra* 348B - L'élargissement du pouvoir *ad intra* par le Conseil d'Etat.. 350

Chapitre II

Les limites jurisprudentielles de la réserve de loi..... 357

Section I - La validité *contra constitutionem**des habilitations législatives* 357

§ 1 - Le jeu de la loi-écran dans la délimitation des compétences..... 359

A - La loi-écran implique l'habilitation législative 360

B - L'application limitée de la loi-écran..... 364

§ 2 - La survie des anciennes habilitations..... 372

A - L'affirmation du principe 373

B - L'exception la caducité de la loi du 17 août 1948..... 376

Section II - Le maintien d'un pouvoir de police *praeter legem*..... 379

§ 1 - La destinée de la jurisprudence Labonne 379

A - La critique initiale..... 380

B - La permanence de la jurisprudence Labonne 381

§ 2 - Les fondements de la jurisprudence Labonne 383

A - La recherche d'un fondement textuel 384

B - L'absence de fondement textuel..... 386

Conclusion..... 391

Bibliographie..... 395

Table des matières..... 409

