

Droit administratif : principe et juridiction administrative

Leçon 1 : Les sources internes du droit administratif

, Clotilde DEFFIGIER

, Hélène PAULIAT

Table des matières

Section 1 : Les sources constitutionnelles.....	p. 3
§1 : Le bloc de constitutionnalité s'impose à l'administration.....	p. 4
A - Le respect de la Constitution au sens strict.....	p. 4
B - Le respect du Préambule de la Constitution de 1958 et des normes de référence.....	p. 7
1. La Déclaration de 1789.....	p. 7
2. La Charte de l'environnement.....	p. 11
3. Les Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République (PFRRLR).....	p. 12
4. Les Principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT).....	p. 15
5. D'éventuels principes constitutionnels non écrits ?.....	p. 16
6. Les objectifs et exigences de valeur constitutionnelle.....	p. 16
7. L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la jurisprudence du Conseil d'Etat.....	p. 17
§2 : Les limites au respect du bloc de constitutionnalité par l'administration.....	p. 19
A - Le maintien de la théorie de l'écran législatif.....	p. 19
B - Le rôle du juge administratif en matière de question prioritaire de constitutionnalité.....	p. 21
Section 2 : Les sources législatives et réglementaires.....	p. 23
§1 : Les domaines législatif et réglementaire.....	p. 24
A - L'identification des domaines.....	p. 24
1. Avant 1958.....	p. 24
2. Après 1958.....	p. 26
B - La protection des domaines.....	p. 26
§2 : La hiérarchie des normes législatives et réglementaires.....	p. 28
A - Les différentes catégories de lois.....	p. 28
B - Le cas des ordonnances.....	p. 29
1. La détermination de la procédure.....	p. 29
2. Le régime juridique spécifique.....	p. 29
C - Les différents règlements.....	p. 33
1. Unité ou dualité des règlements ?.....	p. 33
a) Le règlement d'exécution de la loi.....	p. 33
b) L'innovation des règlements autonomes.....	p. 35
2. La diversité des titulaires du pouvoir réglementaire.....	p. 36
a) Les titulaires de la compétence réglementaire générale.....	p. 36
b) Les titulaires spécifiques de la compétence réglementaire.....	p. 40
c) Le pouvoir réglementaire des autorités locales.....	p. 42
Section 3 : Les sources jurisprudentielles : les principes généraux du droit.....	p. 43
§1 : Une notion complexe.....	p. 43
A - L'origine des PGD.....	p. 43
1. L'origine historique des PGD.....	p. 43
2. L'origine juridique des PGD.....	p. 44
B - Le contenu des Principes généraux du droit.....	p. 45
1. La consécration de principes généraux divers.....	p. 45
2. Le refus du juge de consacrer certains principes généraux du droit.....	p. 47
§2 : L'importance des principes généraux du droit.....	p. 47
A - L'autorité des principes généraux du droit.....	p. 48
B - La fonction des principes généraux du droit.....	p. 48

1. Une finalité libérale.....	p. 49
2. L'évolution de la fonction des PGD.....	p. 49

Le droit administratif se fonde sur différentes sources, que l'administration doit respecter dans son action. Il convient donc d'étudier les sources constitutionnelles, les plus hautes dans la hiérarchie des normes (Section 1), puis les sources législatives et réglementaires, particulièrement nombreuses (Section 2), enfin les principes généraux du droit, une source jurisprudentielle originale (Section 3).

Section 1 : Les sources constitutionnelles

Le problème des sources constitutionnelles se pose de manière spécifique depuis qu'il existe un contrôle de constitutionnalité des lois, et encore plus depuis qu'il existe un contrôle de constitutionnalité a priori (art. 61 de la Constitution) et a posteriori (art. 61-1 de la Constitution, après l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, loi organique n° [2009-1523](#) du 10 décembre 2009).

Avant la Constitution de 1958, le débat porte sur la valeur de telles normes. Il n'existait pas alors de contrôle de constitutionnalité des lois : la loi n'était donc pas contrôlée par rapport à la Constitution. Le Préambule de la Constitution de 1946 a pu fonder l'intervention de l'administration (CE, Ass., 7 juillet 1950, Dehaene s'agissant du droit de grève, le Préambule fondant, en l'absence de loi, l'intervention du pouvoir réglementaire).

Exemple

Arrêt Dehaene (extrait).

« Considérant que le sieur X... soutient que cette sanction a été prise en méconnaissance du droit de grève reconnu par la Constitution ;

Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ;

Considérant que les lois des 27 décembre 1947 et 28 septembre 1948, qui se sont bornées à soumettre les personnels des compagnies républicaines de sécurité et de la police à un statut spécial et à les priver, en cas de cessation concertée du service, des garanties disciplinaires, ne sauraient être regardées, à elles seules, comme constituant, en ce qui concerne les services publics, la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution ;

Considérant qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations. ».

De même, le juge n'hésite pas à contrôler un acte administratif par rapport au Préambule de 1946, en particulier par rapport à un Principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) (CE, Ass., 11 juillet 1956, Amicale des annamites de Paris, pour la liberté d'association).

Exemple

Arrêt Amicale des Annamites de Paris (extrait).

« Considérant qu'aux termes de l'article 81 de la Constitution de la République française : "Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyens de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de ladite Constitution sont applicables sur le territoire français aux ressortissants de l'Union française ; qu'au nombre de ces principes figure la liberté d'association ; que, dès lors, le Ministre de l'Intérieur n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, constater par l'arrêté attaqué en date du 30 avril 1953 la nullité de l'association déclarée des Annamites de Paris, dont les dirigeants et les membres étaient des ressortissants vietnamiens ; ... »

La Déclaration de 1789 est à l'époque souvent considérée comme un texte de valeur philosophique, mais pas juridique. Progressivement, elle est traitée comme un texte juridique, même si sa valeur n'est pas, en l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois, définitivement fixée. Le juge accepte cependant de contrôler un acte administratif par rapport à cette Déclaration (CE, 7 juin 1957, Condamine, *RDP* 1958, p. 98, note Waline).

En 1958, la donne change, puisqu'est instauré un contrôle de constitutionnalité des lois. Le principe s'affirme donc : le bloc de constitutionnalité s'impose à l'administration ; des limites au contrôle de constitutionnalité des actes administratifs existent encore avec l'écran législatif mais la question prioritaire de constitutionnalité a donné un rôle important au juge administratif.

§1 : Le bloc de constitutionnalité s'impose à l'administration

Le terme bloc de constitutionnalité est un terme de droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel utilise également la formule « normes de constitutionnalité » (décision n° [98-401 DC](#) du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail).

Les normes de référence comprennent la Constitution au sens strict du terme (articles 1 à 89), le Préambule de la Constitution de 1958 qui fait référence à plusieurs autres sources constitutionnelles.

A - Le respect de la Constitution au sens strict

Certains articles du texte constitutionnel ont des répercussions directes sur l'activité de l'administration.

Tel est le cas des règles relatives à la nomination des hauts fonctionnaires de l'Etat par le Président de la République et le Premier Ministre, ainsi que les règles relatives à l'exercice de leur pouvoir réglementaire (art. 13 et 21, avec la formalité à respecter parfois, pour certains emplois, de l'avis des commissions des assemblées parlementaires compétentes).

Constitution française du 4 octobre 1958.

Article 13 :

« Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres.

Il nomme aux emplois civils et militaires de l'État.

Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales sont nommés en conseil des ministres.

Une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom.

Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés. »

Article 21 :

« Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires.

Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.

Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15.

Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé. »

Il en va de même pour les règles relatives :

- au contresigning des actes du Président de la République et du Premier Ministre (art. 19 et 22) ; **Constitution française du 4 octobre 1958.**

Article 19 :

« Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1^{er} alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables. »

Article 22 :

« Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution. »

- à la répartition des compétences entre la loi et le règlement (art. 34 et 37) ;
Constitution française du 4 octobre 1958.

Article 34 :

« La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;

- la création de catégories d'établissements publics ;

- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;

- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la défense nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- de la préservation de l'environnement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique. »

Article 37 :

« Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. »

- au principe de libre administration des collectivités territoriales (art. 72 et s.).

Constitution française du 4 octobre 1958.

Article 72 :

« Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales

ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. »

D'autres dispositions de la Constitution vont intéresser directement le droit administratif sans véritablement concerner l'activité administrative quotidienne : répartition des compétences en matière de ratification des traités internationaux (art. 53 et 54), place des traités internationaux dans l'ordre juridique interne (art. 55). Certaines dispositions peuvent s'appliquer de manière exceptionnelle et semblent concerner au premier abord plus le droit constitutionnel que le droit administratif :

Exemple

mise en place du régime de l'article 16 (dictature temporaire), avec des répercussions sur le droit administratif, car il faudra déterminer le contrôle qu'exerce le juge administratif sur les actes pris par le Président de la République dans de telles circonstances ; utilisation de l'article 35 sur la déclaration de guerre, article 36 sur l'état d'urgence, qui trouve à s'appliquer, à la fois lors de situations de violences sur le territoire, mais aussi, plus récemment à l'occasion de la crise sanitaire de la Covid-19 lors de situations épidémiques graves, et qui, là encore, occasionne un contrôle étendu du juge administratif pour protéger les libertés publiques...

On le voit, de très nombreuses dispositions du texte constitutionnel vont servir de normes de référence au contrôle du juge administratif. Mais les sources constitutionnelles englobent également le Préambule de la Constitution de 1958 et toutes les normes auxquelles il fait référence.

B - Le respect du Préambule de la Constitution de 1958 et des normes de référence

Le Préambule de la Constitution de 1958 fait référence à la Déclaration de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946, qui englobe lui-même les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et les Principes particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT). Le Préambule de 1958 renvoie également aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

1. La Déclaration de 1789

Elle constitue bien une source de la légalité, le juge administratif pouvant contrôler un acte administratif au regard de ce texte (CE, 2 février 1960, Société Eky, Rec., p. 101).

Exemple**Arrêt Société Eky (extrait).**

« Sur les moyens tirés de la violation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et de l'article 34 de la Constitution :

Considérant que, si l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 à laquelle se réfère le préambule de la Constitution pose le principe que « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit », l'article 34 de la Constitution, qui énumère les matières relevant du domaine législatif, dispose que la loi fixe : « les règles concernant ... la détermination des crimes et délits et les peines qui leur sont applicables » ; que ni cet article ni aucune autre disposition de la Constitution ne prévoit que la matière des contraventions appartient ,au domaine de la loi ; qu'ainsi il résulte de l'ensemble de la Constitution et, notamment, des termes précités de l'article 34 que les auteurs de celle-ci ont exclu dudit domaine la détermination des contraventions et des peines dont elles sont assorties et ont, par conséquent, entendu spécialement déroger sur ce point au principe général énoncé par l'article 8 de la déclaration des droits ; que, dès lors, la matière des contraventions relève du pouvoir réglementaire par application des dispositions de l'article 37 de la Constitution. »

Tous les articles de la Déclaration sont susceptibles d'application directe, en ce sens qu'ils peuvent tous fonder un contrôle de l'acte administratif par le juge ; la réponse est la même pour le Conseil constitutionnel et pour le juge administratif.

Ainsi, s'agissant de l'article 6 relatif à l'égal accès aux places et emplois publics, le juge administratif vérifie que la nomination de la personne à telle fonction a bien été faite au regard de ses capacités et de ses compétences (CE, Ass., 16 décembre 1988, Bléton, Rec. p. 451, concl. Vigouroux). Le juge examine en quoi, dans les fonctions occupées précédemment, l'intéressé peut se prévaloir des aptitudes et compétences requises pour exercer les fonctions auxquelles il est nommé.

Exemple

Arrêt Bleton (extrait).

« Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 : "Par dérogation aux dispositions de l'article 19 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, les statuts particuliers des corps d'inspection ou de contrôle doivent prévoir la possibilité de pourvoir aux vacances d'emploi dans le grade d'inspecteur général ou de contrôleur général, par décret en conseil des ministres, sans condition autre que l'âge. La proportion des emplois ainsi pourvus doit être égale au tiers des emplois vacants" ; que si ces dispositions laissent une très large liberté de choix au gouvernement, elles ne le dispensent pas de respecter, pour les nominations concernées, la règle posée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, selon lesquelles "tous les citoyens ... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois public, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents" ; que l'appréciation des capacités des candidats, à laquelle se livre l'autorité investie du pouvoir de nomination, doit s'effectuer en tenant compte des attributions confiées aux membres du corps dont il s'agit et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions. »

Arrêt Dominique Tiberi : CE, 23 décembre 2011 (extrait).

« Considérant que, si les dispositions de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 laissent une liberté de choix au Gouvernement pour procéder aux nominations au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle, elles ne le dispensent pas de respecter la règle posée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon laquelle "tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois public, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents" ; que, pour les nominations dans les corps d'inspection et de contrôle concernés par les dispositions de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984, l'appréciation des capacités des candidats à laquelle se livre l'autorité investie du pouvoir de nomination doit s'effectuer en tenant compte, au vu notamment de l'avis de la commission d'aptitude instituée par la loi, des attributions confiées aux membres du corps concerné et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions ;

Considérant que les membres du corps du contrôle général économique et financier sont chargés, en particulier, en application de l'article 1^{er} du décret du 9 mai 2005 portant statut de ce corps, de missions d'inspection, d'audit, d'évaluation, d'étude et de conseil dans le domaine économique et financier en vue de l'amélioration de la gestion publique, ainsi que du contrôle financier des administrations de l'Etat et de ses établissements publics ; que, si M. A...fait valoir qu'il est titulaire d'un doctorat en gestion, qu'il a fait carrière en entreprise au sein du groupe Air France, notamment auprès du directeur général de la société Servair, filiale du groupe, et qu'il a exercé des fonctions à caractère politique au sein d'un cabinet ministériel ou dans le cadre de mandats électoraux, il ressort des pièces du dossier, d'une part, que la commission d'aptitude consultée en application de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 a constaté, après avoir auditionné l'intéressé, qu'il n'avait exercé ni des "responsabilités d'encadrement ou de direction", ni des "fonctions d'analyse et d'expertise approfondies à caractère économique et financier", d'autre part, qu'aucune indication précise n'est apportée concernant les postes occupés et les tâches personnellement accomplies par M. A...durant les treize années précédant la nomination litigieuse ; qu'aucune pièce du dossier ne permettant d'infirmer le constat de la commission et les défendeurs ne se prévalant pas d'autres éléments, se rattachant à d'autres critères de compétence que ceux examinés par la commission, susceptibles de justifier la nomination litigieuse, le syndicat requérant est fondé à soutenir qu'eu égard à la nature des responsabilités qui s'attachent aux fonctions de contrôleur général économique et financier de première classe, les auteurs du décret attaqué ont commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que M. A...présentait les aptitudes requises pour une telle nomination ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la requête, le décret attaqué doit être annulé ; »

La position du Conseil constitutionnel est identique.

Exemple

Décision n° 2010-94 QPC, 28 janvier 2011, Robert C. (extrait).

« 1. Considérant qu'aux termes de l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État : « Un décret en Conseil d'État détermine, pour chaque administration et service, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement.

L'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service.

Les nominations aux emplois mentionnés à l'alinéa premier du présent article sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non-fonctionnaires » ;

2. Considérant que le requérant fait valoir que cette disposition n'organise pas de procédure de sélection des candidats aux postes de directeur d'administration centrale et ne définit pas les conditions de nomination à ces emplois ; qu'ainsi, elle porterait atteinte au principe d'égalité d'accès aux emplois publics prévu à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

3. Considérant qu'en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789, tous les citoyens « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » ;

4. Considérant que, si la disposition contestée réserve au Gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination aux emplois supérieurs dans la fonction publique, dont les titulaires sont étroitement associés à la mise en œuvre de sa politique, elle ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789, en vertu desquelles son choix doit être fait en prenant en considération les capacités requises pour l'exercice des attributions afférentes à l'emploi ; que, dans ces conditions, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ne saurait être retenu. »

L'ensemble des articles de la Déclaration de 1789 sont ainsi susceptibles de fonder un contrôle des actes administratifs.

Exemple

Tel est le cas de l'article 2 qui protège l'inviolabilité du domicile (entre autres, CE, 11 avril 2018, Fédération des acteurs de la solidarité, n° [417206](#), Rec., p. 522), de l'article 4 qui consacre la liberté, en particulier la liberté d'entreprendre et englobe le principe selon lequel nul ne peut s'exonérer de sa responsabilité personnelle (CE, 30 septembre 2020, Société Sixt asset and finance, n° [438253](#), à propos des dispositions relatives au paiement du forfait post-stationnement), de l'article 8 sur les principes de proportionnalité et de nécessité des peines (CE, 13 mars 2019, Mme Ngo Ndenga, n° [424565](#), Rec., p. 537), de l'article 9 relatif à la présomption d'innocence (CE, 28 septembre 2020, Société Artelim, n° [438028](#)), de l'article 10 qui protège la liberté d'opinion et la liberté religieuse (CE, 27 juin 2018, SNESUP-FSU, n° [419595](#), Rec., p. 271, concl. Dieu : il ne peut, en principe, être fait obstacle à ce qu'une personne ayant la qualité de ministre d'un culte puisse être élue aux fonctions de président d'université, celle-ci étant alors tenue, eu égard à la neutralité des services publics qui découle également du principe de laïcité, à ne pas manifester ses opinions religieuses dans l'exercice de ses fonctions ainsi qu'à un devoir de réserve en dehors de l'exercice de ces fonctions), de l'article 11 relatif à la liberté d'expression (CE, 3 juillet 2020, n° [441391](#)), de l'article 13 relatif au principe d'égalité devant les charges publiques (CE, 23 octobre 2020, n° [442231](#)), de l'article 16 relatif à la séparation des pouvoirs (CE, Sect., 23 mars 2018, Syndicat FO Magistrats, n° [406066](#), Rec., p. 75, concl. Dutheillet de Lamothe : le décret créant une Inspection générale de la Justice ne remet pas en cause le principe de séparation des pouvoirs, dès lors que l'indépendance de l'autorité judiciaire est garantie par certains mécanismes), de l'article 17 relatif au droit de propriété et aux modalités de sa privation (CE, 16 juillet 2010, SCI La Saulaie, n° [334665](#), à propos de la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, dérivant de l'article [L. 160-5](#) du Code de l'urbanisme). L'article 15 de la Déclaration est également amené à fonder le contrôle du juge en matière de contrôle des décisions administratives, d'autant plus que le Conseil constitutionnel a, dans une décision n° [2020-834 QPC](#) du 3 avril 2020, estimé que cette disposition garantissait le droit d'accès aux documents administratifs. C'est aussi le cas pour le principe d'égalité, dont on tire de très nombreuses applications : principe d'égalité des citoyens devant le suffrage...

2. La Charte de l'environnement

Votée en 2004, elle est intégrée au bloc de constitutionnalité par la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. La question s'est posée (comme elle se pose aussi pour les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, PPNT, voir infra) de savoir si les dispositions de la Charte de l'environnement de 2004 pouvaient être toutes invoquées devant le juge administratif, à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a, assez rapidement, indiqué que les articles 1, 2 et 6 de cette Charte avaient un contenu trop peu précis et trop peu impératif pour pouvoir être invocables sans une disposition législative d'application (CE, 19 juin 2006, Association Eaux et rivières de Bretagne, n° 282456). Mais le Conseil d'Etat estime que l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle (CE, Ass., 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, *RFDA* 2008, p. 1147, concl. Aguila).

Exemple

Arrêt Commune d'Annecy (extrait).

« Considérant que l'article 34 de la Constitution prévoit, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, que "la loi détermine les principes fondamentaux (...) de la préservation de l'environnement" ; qu'il est spécifié à l'article 7 de la Charte de l'environnement, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la même loi constitutionnelle que "Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement." ; que ces dernières dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ; Considérant que les dispositions précitées, issues de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, ont réservé au législateur le soin de préciser "les conditions et les limites" dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ; qu'en conséquence, ne relèvent du pouvoir réglementaire, depuis leur entrée en vigueur, que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur ; que, toutefois, les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire, tel qu'il était déterminé antérieurement, demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouvelles normes, alors même qu'elles seraient intervenues dans un domaine désormais réservé à la loi. »

Le Conseil d'Etat a accepté d'annuler un arrêté ministériel au motif qu'il ne respectait pas le principe de précaution garanti par l'article 5 de la Charte de l'environnement (CE, 8 juillet 2020, Association de défense des ressources marines, n° [428271](#) ; CE, 21 octobre 2019, Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable (AFIPA), n° [419996](#)). Il a également accepté de confronter une décision ministérielle à l'article 6 (principe de conciliation, CE, 18 décembre 2019, Association pour la protection des animaux sauvages, n° [419897](#)), à l'article 7 de cette Charte (droit du public de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, CE, 20 janvier 2020, Association Force 5, n° [432819](#) ; CE, 25 février 2019, Association One Voice, n° [419186](#)).

Cette source constitutionnelle enrichit donc le bloc de légalité auquel doit se conformer l'administration. Le Conseil constitutionnel précise d'ailleurs régulièrement le sens et la portée des différents articles de ce texte ; ainsi, « Il résulte cependant du préambule de la Charte de l'environnement que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation et que les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins. Dès lors, sauf à méconnaître l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, ces dispositions ne sauraient s'appliquer que dans le cas d'une menace grave sur la sécurité d'approvisionnement en gaz » (Cons. const., n° [2022-843 DC](#), 12 août 2022, Loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, point 12). Il a également censuré certaines dispositions de la loi Duplomb relatives à la possibilité d'utiliser des pesticides (acétamipride) comme portant atteinte à l'article 1^{er} de la Charte : « Il résulte de tout ce qui précède que le législateur, en permettant de déroger dans de telles conditions à l'interdiction des produits phytopharmaceutiques contenant des néonicotinoïdes ou autres substances assimilées, a privé de garanties légales le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé garanti par l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement » (CC, déc. n° [2025-891 DC](#), 7 août 2025).

3. Les Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République (PFRLR)

Cette référence est contenue dans le Préambule de la Constitution de 1946 :

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les

droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. »

Il n'en existe aucune liste dans la Constitution ou dans le Préambule, ce qui pouvait contribuer à augmenter très largement le champ des normes de référence du Conseil constitutionnel ; ce dernier les consacre traditionnellement, mais ce sont des principes de droit écrit.

Il en a dégagé plusieurs, une dizaine environ :

Exemple

principe de la liberté d'association (CC, n° [71-44 DC](#), 16 juillet 1971) ; principe de l'indépendance de la juridiction administrative (CC, n° [80-119 DC](#), 22 juillet 1980, Validation d'actes administratifs), compétence propre de la juridiction administrative en matière de contentieux de l'excès de pouvoir (CC, n° [86-224 DC](#), 23 janvier 1987, Conseil de la Concurrence), rôle fondamental du juge judiciaire en matière de protection de la propriété (CC, n° [89-256 DC](#), 25 juillet 1989, TGV Nord), liberté de l'enseignement (CC, n° [77-87 DC](#), 23 novembre 1977), liberté de conscience (CC, n° [77-87 DC](#), 23 novembre 1977), liberté individuelle (CC, n° [76-75 DC](#), 12 janvier 1977), indépendance des professeurs d'université (CC, n° [83-165 DC](#), 20 janvier 1984, devenu principe de l'indépendance des enseignants-chercheurs, décision [2010-20/21 QPC](#), 6 août 2010, Jean C...), principe du respect des droits de la défense (CC, n° [76-70 DC](#), 2 décembre 1976), la spécificité du droit pénal des mineurs (CC, n° [2002-461 DC](#), 29 août 2002), qui est en réalité composé de plusieurs principes constitutionnels propres à la justice des mineurs : atténuation de la responsabilité des mineurs en fonction de l'âge, enfin le droit local mosellan-alsacien (CC, n° [2011-157 QPC](#), 5 août 2011 : « *la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de dispositions particulières applicables dans les trois départements dont il s'agit* »).

Le Conseil constitutionnel a précisé également la manière dont il dégageait les PFRLR, dans sa décision du 20 juillet 1988 (n° [88-244 DC](#), Loi portant amnistie).

Exemple

Décision n° [88-244 DC](#) (extrait).

« 11. Considérant que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République ;

12. Considérant que, si dans leur très grande majorité les textes pris en matière d'amnistie dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution de 1946 ne comportent pas de dispositions concernant, en dehors des incriminations pénales dont ils ont pu être l'occasion, les rapports nés de contrats de travail de droit privé, il n'en demeure pas moins que la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 s'est écartée de cette tradition ; que, dès lors, la tradition invoquée par les auteurs de la saisine ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946. »

Les lois doivent donc dater d'avant 1946, mais doivent avoir été adoptées depuis 1875 (Troisième République), ce qui implique que l'on écarte les lois adoptées pendant les périodes monarchiques et les deux empires ; les lois postérieures à 1946 sont logiquement exclues, dans la mesure où le législateur deviendrait alors un constituant ; il faut une pratique constante, donc que la totalité des textes aillent dans le même sens, et surtout qu'aucun texte n'aille en sens contraire ; directement issus de la tradition républicaine, ces principes sont inspirés par une philosophie plutôt libérale. La tradition républicaine n'est pas en elle-même une source constitutionnelle, elle doit avoir pris corps dans un texte législatif.

Exemple

Dans la décision n° [93-321 DC](#) du 20 juillet 1993, le Conseil constitutionnel refuse de ranger parmi les PFRLR la règle selon laquelle la naissance en France ouvre droit de manière automatique à la nationalité française et celle selon laquelle est Français tout individu né en France d'un étranger qui y est lui-même né. Il a également refusé de consacrer comme PFRLR selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme (décision n° [2013-669 DC](#), 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe). De même, dans une décision n° [2025-1130/1131/1132/1133 QPC](#) du 11 avril 2025, le Conseil constitutionnel a refusé de consacrer comme PFLR le principe selon lequel l'intervention d'un juge est nécessaire pour constater la perte de nationalité française par désuétude.

Le Conseil d'Etat a ainsi contrôlé une décision administrative par rapport à un PFRLR :

Exemple

il le fait dans la décision Amicale des Annamites de Paris (liberté d'association) ou dans l'arrêt Syndicat national des enseignants du second degré (CE, 6 avril 2001, n° [219379](#), principe de laïcité).

C'est en principe et normalement le Conseil constitutionnel qui dégage de tels principes. Mais le Conseil d'Etat a également dégagé des PFRLR.

Exemple

Il l'a fait, d'une part en formation non contentieuse, en 1995 (CE, 9 novembre 1995, EDCE n° 47, p. 393), puis en formation contentieuse : CE Ass 3 juillet 1996, Koné (*RFDA* 1996, p. 870, concl. Delarue ; Favoreu, p. 882). Dans l'arrêt Koné, le Conseil d'Etat dégage le principe imposant à l'Etat de refuser l'extradition d'un étranger, lorsqu'elle est demandée dans un but politique. Il fallait ici confronter une convention internationale à un principe, donc à un principe de valeur juridique supérieure ; le juge a donc eu l'obligation de recourir à un PFRLR, car le principe général du droit disposait d'une valeur juridique insuffisante.

Cela consacre l'unité de l'ordre juridique, mais ouvre le risque d'une divergence entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, mais aussi peut-être le risque de remise en cause par une loi. L'on constate donc que la conception des principes est matérielle et non organique, en ce sens que leur valeur juridique ne dépend pas de l'autorité qui les consacre ou les dégage.

Exemple

Le Conseil d'Etat avait déjà tenté d'en dégager un dans un avis du 18 novembre 1993 (n° [355255](#)), en indiquant qu'un principe constitutionnel imposait que les corps de fonctionnaires de l'Etat ne puissent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution des missions de service public (AJDA 1994, p. 463, note Richer). Dans l'affaire Koné, le commissaire du Gouvernement avait proposé d'interpréter la convention d'extradition entre la France et le Mali à la lumière du principe général du droit selon lequel l'extradition ne peut être accordée pour un motif politique. Mais l'Assemblée du contentieux a estimé qu'une convention internationale, qui dispose, selon l'article 55 de la Constitution, d'une autorité supérieure à celle des lois, ne pouvait être confrontée à un principe général du droit, norme qui a une valeur juridique inférieure à la loi. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Koné, décide alors que les stipulations de la convention internationale doivent être interprétées conformément au PFRLR que le juge dégage ; en clair, le juge administratif a considéré que la consécration d'un principe général du droit, à valeur infra-législative ou législative, ne suffisait pas pour justifier qu'une interprétation restrictive des stipulations de la convention franco-malienne d'extradition soit retenue. La reconnaissance d'un principe de valeur constitutionnelle était plus à même de justifier cette restriction à l'interprétation d'une convention internationale. Cette solution issue de l'arrêt Koné a été appliquée par la suite, permettant d'empêcher une extradition (CE, Sect., 9 déc. 2016, Abiazov, Rec., p. 550). On notera que la haute juridiction administrative a repris la même méthode que celle retenue par le juge constitutionnel pour dégager un PFRLR.

CE, Ass., Avis, 9 novembre 1995 (extrait).

Le Conseil d'Etat considère qu'« eu égard à la constance et à l'ancienneté de la règle exprimée par la loi du 10 mars 1927 et par les conventions signées par la France, le principe selon lequel l'Etat doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946. »

CE, Ass., 3 juillet 1996, Koné (extrait).

« Considérant qu'aux termes de l'article 44 de l'accord de coopération franco-malien susvisé : "L'extradition ne sera pas exécutée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la partie requise comme une infraction politique ou comme une infraction connexe à une telle infraction" ; que ces stipulations doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique ; qu'elles ne sauraient dès lors limiter le pouvoir de l'Etat français de refuser l'extradition au seul cas des infractions de nature politique et des infractions qui leur sont connexes. »

4. Les Principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT)

Ces principes suscitent une interrogation. Sont-ils en effet tous susceptibles d'être invoqués devant le juge administratif pour faire échec à un acte administratif ou au contraire pour le fonder ? La question s'est posée car les deux juges n'ont pas apporté la même réponse. Certains principes sont en effet consacrés d'une manière très générale. Il n'était donc pas certain que le juge accepte d'en faire une norme de référence directement opposable. Ils ne créent pas des de droits subjectifs.

Le Conseil constitutionnel vérifie que le législateur respecte bien les principes posés par le Préambule :

Exemple

la solidarité de la nation et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales (refus par le Conseil d'Etat d'en faire une norme d'application directe : CE, 10 décembre 1962, Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques, Rec. p. 676) ; le droit d'asile (CC, 12-13 août 1993, mais pas pour le CE, 27 septembre 1985, France Terre d'Asile, Rec. 263) ; l'alinéa 11 est applicable par lui-même devant le CC et le CE : la Nation garantit à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs : CE, Sect., 23 avril 1997, GISTI, RFDA 1997, p. 474 ; CE, 27 avril 1998, Confédération des syndicats médicaux français, RFDA 1998, p. 973 ; CE, 6 mai 2009, Association FNATH, n° 312462, qui évoque les exigences de solidarité nationale ; CE, 18 mars 2020, Association CCDELI39, n° 424958, principe de protection de la santé). Le Conseil d'Etat a jugé que l'obligation vaccinale mise en place lors de la pandémie ne portait pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé (CE, 28 janv. 2022, n° 457879). Il en est de même du principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (CE, 5 février 2020, UNICEF France, n° 428478).

Parfois, le juge administratif a besoin que le principe soit précisé par des textes législatifs avant de pouvoir recevoir application ; tel est le cas pour l'exercice du droit de grève. Dans l'arrêt Dehaene précité, il note que, selon le Préambule de la Constitution de 1946, le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ; or, il n'existait à l'époque aucune loi de réglementation générale du droit de grève.

5. D'éventuels principes constitutionnels non écrits ?

L'existence de principes non écrits a été évoquée s'agissant de la reconnaissance du principe de continuité des services publics. En effet, aucune disposition dans la Constitution ne reconnaît formellement et explicitement un tel principe. Pour autant, il est assez aisé de fonder le principe de continuité des services publics sur le principe de continuité de l'Etat (art. 5 et art. 16 de la Constitution).

Le Conseil d'Etat peut dégager des principes non écrits (principes généraux du droit, voir *infra*) mais le Conseil constitutionnel préfère se fonder sur des textes écrits pour que l'on évite de le suspecter de « gouvernement des juges », donc de créer lui-même des normes constitutionnelles qui lui permettraient d'invalidier des lois.

6. Les objectifs et exigences de valeur constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de dégager des objectifs et exigences de valeur constitutionnelle.

Exemple

Parmi ces objectifs de valeur constitutionnelle, on mentionnera la sauvegarde de l'ordre public, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression, le respect de la liberté d'autrui, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi (CC, 9 novembre 1999, Codification, objectif qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789), le bon usage des deniers publics (CC, n° 2016-736 DC, 4 août 2016), la bonne administration de la justice (CC, n° 2015-715 DC du 5 août 2015), la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales (CC, déc. n° 2016-610 QPC, 10 février 2017). Dans une décision du 31 janvier 2020 (n° 2019-823 QPC, Union des industries de la protection des plantes), le Conseil constitutionnel a jugé que la protection de l'environnement, patrimoine commun des humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle en vertu du préambule de la Charte de l'environnement.

Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 (extrait).

« Aux termes du préambule de la Charte de l'environnement : "l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ... l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains... la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ... afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins". Il en découle que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle. »

Le Conseil d'Etat doit donc tenir compte de ces objectifs : ainsi, dans l'arrêt Galland (CE, Ass., 10 septembre 1992, RFDA 1992, p. 1095), le juge administratif appréciait la légalité d'un décret relatif à la campagne en vue

du référendum. Il estime que les partis politiques n'ont pas porté atteinte à l'égalité entre les partis politiques ni violé le principe de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants d'idées et d'opinions.

Exemple

Le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision du 11 janvier 1990, indiqué que le mécanisme d'aides aux partis politiques ne devait pas méconnaître l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions, qui constitue le fondement de la démocratie. Il accepte ainsi de confronter un acte administratif à l'objectif de pluralisme des courants d'idées et d'opinions (CE, Ass., 23 décembre 2013, Société Métropole télévision (M6), n° [363978](#) ; CE, 12 mai 2014, Fédération générale du commerce, n° [370600](#)). Il a également accepté de contrôler la légalité d'une décision administrative à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (CE, 19 avril 2022, n° [451727](#), Syndicat SUD SDIS National, à propos de l'engagement de mineurs de plus de 16 ans comme sapeurs-pompiers volontaires). De même, le juge administratif accepte de vérifier qu'une décision administrative ne méconnaît pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme (CE, 8 juillet 2005, Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la recherche publique SGEN CFDT, n° [266900](#) ; CE, 15 juillet 2020, Polynésie française, n° [436155](#)). Il a également confronté la légalité d'une décision administrative à l'objectif constitutionnel de protection de l'environnement (CE, 3 avril 2020, Association La demeure historique, n° [426941](#)), à celui de bonne administration de la justice (CE, 17 juin 2019, Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle, n° [400192](#)). Mais l'objectif constitutionnel de droit à un logement décent n'est pas susceptible en principe d'être appliqué directement par le Conseil d'Etat, qui en fait une référence d'interprétation de la loi (CE, 7 avril 2010, Société Infobail, n° [309547](#)) ; en revanche, le Conseil d'Etat a estimé que le droit au logement constitue un objectif de valeur constitutionnelle (CE, réf., 23 mars 2009, Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, n° [325884](#)).

La logique semble un peu différente devant le juge judiciaire.

Ces différentes sources constitutionnelles ont toutes valeur constitutionnelle, sans qu'il y ait lieu de rechercher ou d'établir entre elles une quelconque hiérarchie. Certains principes bénéficient peut-être d'une protection plus faible, mais tous ont la même valeur juridique, et aucun des droits reconnus ne bénéficie d'une « supra-constitutionnalité ».

7. L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la jurisprudence du Conseil d'Etat

Comment le Conseil d'Etat tient-il compte des décisions du Conseil constitutionnel, de ses interprétations, de ses réserves ?

Le juge administratif comme le Conseil constitutionnel a la possibilité d'interpréter la Constitution. (CE, Ass., 3 février 1967, Confédération générale des Vignerons du midi, Rec., p. 55). Il peut y avoir divergence d'interprétation entre les deux.

Selon l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles. L'autorité de chose absolue s'étend non seulement au dispositif de sa décision, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire.

Exemple

Le Conseil d'Etat a jugé que l'on ne pouvait invoquer les motifs d'une décision du Conseil constitutionnel à l'appui d'un recours contre un acte administratif (CE, 7 janvier 2004, Colombani, *RFDA* 2004, p. 427 : « *Considérant que si M. Colombani soutient que la suspension de ses droits à pension aboutit au cumul d'une sanction disciplinaire pécuniaire et d'une sanction pénale en violation du principe rappelé par la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications, il ne peut, en tout état de cause, utilement invoquer devant le juge administratif les motifs d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel* »).

Quant à l'interprétation des dispositions constitutionnelles, lorsque le texte sur lequel porte l'interprétation est le même que celui sur lequel le Conseil constitutionnel s'est prononcé, le juge administratif s'estime lié par l'interprétation (CE, Ass., 20 décembre 1985, SA Etablissements Outters, Rec., p. 382).

Exemple**Arrêt SA Etablissements Outters (extrait).**

« Considérant que, par une décision n° 82.124 en date du 23 juin 1982, le conseil constitutionnel a estimé que les redevances perçues par les agences financières de bassin en application de la loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution doivent être rangées parmi les impositions de toute nature dont l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement ;

Cons. que ces redevances constituent, par leur nature, des impositions dont le contentieux relève de la juridiction administrative. »

Mais de manière générale, le juge administratif se réfère de plus en plus naturellement à l'interprétation de la disposition donnée par le Conseil constitutionnel.

Exemple

CE, réf., 24 avril 2019, n° [428117](#) (extrait).

« Il résulte des dispositions législatives qui viennent d'être citées, ainsi que de l'interprétation que le Conseil constitutionnel en a donnée dans sa décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, qu'il appartient au médecin en charge d'un patient hors d'état d'exprimer sa volonté d'arrêter ou de ne pas mettre en œuvre, au titre du refus de l'obstination déraisonnable, les traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou sans autre effet que le seul maintien artificiel de la vie. »

Si le texte est différent, le juge administratif retrouve une marge de manœuvre.

Le Conseil d'Etat reçoit plutôt les exigences et objectifs de valeur constitutionnelle au titre de l'autorité de chose jugée du Conseil constitutionnel que comme des principes directs.

Mais le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se référer à un PFRLR, tel qu'il a été dégagé par le CC.

Exemple

Principe de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur : CE, 29 mai 1992, Association amicale des professeurs titulaires d'histoire naturelle ; CE, 9 juillet 1997, Picard, n° [161929](#).

Il va encore plus loin en se fondant sur l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel.

Exemple

Tel a été le cas lors de l'adoption de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, le PACS. Le Conseil constitutionnel, dans une décision n° [99-419 DC](#) du 9 novembre 1999, avait invité le pouvoir réglementaire à toiletter en quelque sorte les dispositions réglementaires qui deviendraient obsolètes, du fait de l'entrée en vigueur de la loi. Tout en visant la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat indique qu'il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes (CE, Ass., 28 juin 2002, Villemain, *AJDA* 2002, p. 589).

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur question prioritaire de constitutionnalité ont évidemment renforcé l'importance de la prise en compte par le juge administratif de la jurisprudence du Conseil.

Exemple

Ainsi le Conseil d'Etat n'hésite-t-il pas à se référer directement à une décision du Conseil (CE, 1^{er} juillet 2020, Union Nationale des Etudiants en Droit, Gestion, AES, Sciences Economiques, Politique et Sociales (UNEDESEP), n° [430121](#) : « Il résulte des dispositions du treizième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 citées au point 13 et des dispositions législatives qui les mettent en œuvre, telles les dispositions citées au point 14, que le principe d'égal accès à l'instruction et l'exigence constitutionnelle de gratuité s'appliquent à l'enseignement supérieur public en ce qu'il a pour objet la préparation et la délivrance de diplômes nationaux et non celle des diplômes propres délivrés en application de l'article L. 613-2 du code de l'éducation ou des titres d'ingénieur diplômé. Toutefois, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-809 QPC du 11 octobre 2019, l'exigence constitutionnelle de gratuité ne fait pas obstacle, pour ce degré d'enseignement, à ce que des droits d'inscription modiques soient perçus en tenant compte, le cas échéant, des capacités financières des étudiants. Il en résulte que le caractère modique des frais d'inscription exigés des usagers suivant des formations dans l'enseignement supérieur public en vue de l'obtention de diplômes nationaux doit être apprécié, au regard du coût de ces formations, compte tenu de l'ensemble des dispositions en vertu desquelles les usagers peuvent être exonérés du paiement de ces droits et percevoir des aides, de telle sorte que de ces frais ne fassent pas obstacle, par eux-mêmes, à l'égal accès à l'instruction »). Il s'y réfère désormais très régulièrement (CE, 11 juillet 2018, 396968 : « il résulte de ce qui a été rappelé au point 2 ci-dessus que les dispositions relatives aux abattements pour durée de détention qui, ainsi que l'a d'ailleurs également jugé le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016, constituent une règle de détermination de l'assiette des plus-values mobilières, ne peuvent dès lors s'appliquer aux plus-values réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2013 et placées en report d'imposition, la circonstance que la cession mettant fin à ce report intervient après le 1^{er} janvier 2013 étant sans incidence à cet égard »). Et le juge administratif se réfère aux décisions rendues sur ce fondement (art. 61-1 de la Constitution) pour éviter de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, lorsque la disposition législative litigieuse a déjà été jugée conforme par la haute instance aux droits et libertés que la Constitution garantit.

§2 : Les limites au respect du bloc de constitutionnalité par l'administration

Il existe des hypothèses dans lesquelles il est difficile, voire impossible, pour le juge administratif, de faire respecter le bloc de constitutionnalité par l'administration. Le juge applique toujours la théorie de l'écran législatif (A) mais la réforme qui a permis la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité lui donne un rôle accru en matière constitutionnelle (B).

A - Le maintien de la théorie de l'écran législatif

Comme on le verra dans la leçon 2 sur les sources internationales, joue en droit interne la théorie de l'écran législatif.

La loi doit respecter la Constitution. C'est actuellement au Conseil constitutionnel d'effectuer un tel contrôle. De son côté, l'administration doit respecter les normes qui sont supérieures dans la hiérarchie : la loi, la Constitution et les traités et conventions internationales (voir leçon 2). Mais il peut se produire que l'autorité administrative se trouve face à une difficulté. Une loi sert de support juridique à un acte administratif unilatéral ; mais, à l'occasion d'un recours contre une décision administrative, un requérant estime que cette décision est contraire à la Constitution. Le problème est que la loi n'a pas forcément été déférée au Conseil constitutionnel. Donc, si le Conseil d'Etat, ou le juge administratif de manière plus générale, effectue le contrôle qui lui est demandé, il va devoir contrôler la loi par rapport à la Constitution. Il estime alors que ce contrôle ne relève pas de sa compétence ; la loi fait écran entre l'acte administratif et la Constitution.

Cette situation est ancienne :

Exemple

CE, 6 novembre 1936, Arrighi. Arrighi invoquait le fait que le décret de 1924 serait illégal, car fondé sur l'article 36 d'une loi de 1934 qui serait contraire à la Constitution. Il s'agit en fait ici d'une exception d'inconstitutionnalité. Selon le Conseil d'Etat, en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Selon Charles Eisenmann, une loi contraire à la Constitution n'est qu'une pseudo-loi et le juge pourrait alors effectuer le contrôle.... Cette jurisprudence a cependant été réaffirmée :

Exemple

CE, Ass., 28 janvier 1972, Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris, Rec. p. 86 : méconnaissance du principe de gratuité ; CE, Ass., 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques, méconnaissance du droit à la vie.

Le fait que la loi fasse écran joue par rapport à toutes les normes constitutionnelles, aussi bien par rapport au Préambule de 1946 que par rapport à la Déclaration de 1789.

Exemple

CE, 26 février 2003, Mekhantar, *RFDA* 2003, p. 424 : refus du Conseil d'Etat de contrôler un décret par rapport à l'article 16 de la Déclaration de 1789 car le décret se borne à appliquer la loi. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier la conformité de la loi à un principe constitutionnel ; de même, CE, Sect., 30 juillet 2003, Djaoui, *RFDA* 2003, p. 1023 : un décret se borne à tirer les conséquences d'une loi ; il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité de cette loi aux exigences constitutionnelles posées à l'article 8 de la Déclaration de 1789.

Cette théorie de l'écran législatif existe toujours :

Exemple

CE, 5 janvier 2005, Deprez et Baillard, n° [257341](#) ; CE, 21 novembre 2005, n° [287217](#).

Comme pour les sources internationales, le juge a mis en place la théorie de l'écran législatif transparent : si la loi qui fonde la décision administrative se borne à poser des règles de compétence, ou invite le gouvernement à prendre des mesures sans préciser les principes ni leur contenu, sans poser de règles de fond, le juge administratif se reconnaît le pouvoir de contrôler le respect par l'acte administratif de la Constitution directement :

Exemple

CE, 17 mai 1991, Quintin, *RDP* 1991, p. 1429, concl. Abraham ; CE, 10 octobre 1997, Fédération nationale des experts comptables, *DA* 1998, n° 67.

Arrêt Quintin de 1991 (extrait).

« Considérant que ces dispositions réglementaires ont été prises sur le fondement de l'habilitation conférée au pouvoir réglementaire par l'article L. 111-1 du code de l'urbanisme pour édicter "les règles générales applicables en dehors de la production agricole en matière d'utilisation du sol, notamment en ce qui concerne la localisation, la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions" ; qu'elles ne sont contraires ni au principe constitutionnel du droit de propriété ni aux stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Voir également CAA Nancy, 11 fév. 2025, n° 22NC02389, SAS Chopin).

La loi peut également être implicitement abrogée par un autre texte, et le juge administratif peut donc constater cette situation :

Exemple

CE, Ass., Avis, 2 avril 2003, Sarrazin, *RFDA* 2003, p. 810 : nouveau code pénal abrogeant une loi antérieure.

Arrêt Sarrazin de 2003 (extrait).

« Considérant que la catégorie des peines afflictives et infamantes a été supprimée dans le nouveau code pénal, issu de la loi du 22 juillet 1992, modifiée par la loi du 19 juillet 1993, et qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 ; que, si la peine de réclusion criminelle à temps, qui constituait dans l'ancien code pénal une peine afflictive et infamante, figure dans le nouveau code pénal, une échelle nouvelle de peines a été prévue ; qu'il ressort des dispositions du nouveau code pénal, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu limiter le nombre des peines de caractère accessoire ou complémentaire dont l'intervention découle obligatoirement de l'application de la peine principale ; que le législateur n'a pas précisé les peines qui pourraient être regardées comme correspondant désormais aux peines qui étaient, dans l'ancien code pénal, qualifiées d'afflictives et infamantes ; qu'ainsi, l'entrée en vigueur du nouveau code pénal a privé d'effet les dispositions précitées de l'article L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite ; que, dès lors, la décision attaquée ne pouvait être légalement prise sur ce fondement et doit, par suite, être annulée. »

De même, le juge administratif interprète la loi dans un sens conforme à la Constitution en tenant compte des réserves d'interprétation que peut émettre le Conseil constitutionnel :

Exemple

tel a été le cas pour la loi sur le PACS (CE, Ass., 28 juin 2002, Villemain, n° [220361](#), qui vise « la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 »).

De plus, on l'a vu, le juge administratif applique de plus en plus souvent directement les normes constitutionnelles sans passer par un principe général du droit ; il applique même les principes constitutionnels tels que dégagés par le Conseil constitutionnel.

B - Le rôle du juge administratif en matière de question prioritaire de constitutionnalité

S'agissant de la procédure, on rappellera que la QPC peut être soulevée devant l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire et administratif, mais seules les juridictions suprêmes des deux ordres déterminent si la question doit être transmise ou non au Conseil constitutionnel.

La juridiction de première instance (tribunal administratif) ou de seconde instance (cour administrative d'appel) est donc saisie d'une demande effectuée par un justiciable, qui invoque le fait que le texte législatif que l'on veut lui appliquer dans l'instance est contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit. Tous les textes législatifs sont concernés, sauf les lois organiques (puisque le contrôle de constitutionnalité a priori est obligatoire), les lois référendaires (puisque elles échappent à tout contrôle de constitutionnalité), les lois de programmation (puisque le juge estime qu'elles sont en principe dépourvues de caractère normatif) ; de même, le rapport annexé à une loi de programmation ne peut pas faire l'objet d'une QPC (CE, 19 mars 2024, n° [490347](#), Syndicat Alliance Police nationale et Syndicat UNSA police). Mais il existe une réserve, puisque, s'agissant d'une question prioritaire de constitutionnalité, tous les éléments qui composent le bloc de constitutionnalité ne peuvent être invoqués par le justiciable : il est clairement indiqué par les textes que la disposition législative en cause doit porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Il n'est ainsi pas possible au requérant d'invoquer l'irrégularité de la procédure législative suivie pour adopter le texte, ni l'éventuel empiètement de la compétence du législateur sur celle du pouvoir réglementaire, ni l'incompétence négative du législateur ; il ne lui est pas possible non plus d'invoquer la méconnaissance d'un objectif de valeur constitutionnelle puisque ceux-ci ne constituent pas des droits.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquels le juge des référés est saisi et peut transmettre ou non une question prioritaire de constitutionnalité (CE, 28 janv. 2022, n° [457987](#)).

Il est dit que la juridiction doit statuer sans délai. La QPC peut être posée à n'importe quel moment de l'instance. Elle s'applique dans le cadre de toute instance juridictionnelle, y compris devant le juge du référé-liberté, elle

peut être soulevée pour la première fois en appel ou en cassation. Le juge ne peut pas soulever d'office une QPC. Le juge saisi doit appliquer le principe du contradictoire et décide ou non de transmettre au Conseil d'Etat. Si le juge saisi refuse de transmettre la question, cette décision ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un recours en appel ou en cassation contre la décision rendue au fond. Si, à l'occasion de ce recours, le refus de transmission est jugé illégal, seule cette partie de la décision est remise en cause. Si, au contraire, le juge estime la question recevable, il transmet la QPC au Conseil d'Etat et cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

Ainsi, seul le Conseil d'Etat, pour l'ordre juridictionnel administratif, peut saisir le juge constitutionnel de la question. Celle-ci doit être présentée dans un écrit distinct et motivé. Le Conseil d'Etat, qui doit statuer dans le délai de trois mois à compter de sa saisine par le juge du fond, va alors déterminer si la disposition législative en cause est applicable au litige (le juge semblant adopter une appréciation large de cette condition : CE, 8 avril 2024, n° [473502](#), Département de la Gironde), si la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, si la question posée présente un caractère sérieux ou nouveau. C'est donc à cette occasion, et surtout au regard de ce dernier critère, que le Conseil d'Etat va apprécier si la question de la conformité à la Constitution se pose ou non. Et l'on mesure ainsi que ce sont les conditions de la QPC elle-même qui conduisent le juge administratif à se référer constamment à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il peut soit refuser de transmettre au Conseil constitutionnel, en estimant que l'une des conditions au moins n'est pas remplie. Le procès reprendra alors son cours devant le juge initialement saisi. Il peut au contraire décider de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel qui dispose d'un délai de trois mois pour statuer. Soit ce dernier estime que le texte législatif litigieux ne contrevient pas à la Constitution, et, là encore, le procès reprend son cours ; soit il juge que le texte est contraire à la Constitution et il détermine alors les conséquences qu'il convient de tirer de cette inconstitutionnalité : abrogation immédiate de la disposition, abrogation différée...

Le Conseil d'Etat a précisé les effets, sur les textes réglementaires d'application, des déclarations d'inconstitutionnalité de dispositions législatives (CE, 28 mars 2024, n° [456187](#), Fédération nationale des activités de dépollution) : les textes réglementaires d'application sont privés, du fait de cette abrogation, de base légale et doivent donc être annulés, sauf dans la mesure où le Conseil constitutionnel a maintenu les effets des dispositions législatives.

Section 2 : Les sources législatives et réglementaires

L'inflation législative et réglementaire est considérable. Elle entraîne une dégradation de la qualité des normes et les rapports du Conseil d'Etat font état, régulièrement, de la mauvaise qualité des textes. Tous les textes édictés par les pouvoirs publics sont loin d'être essentiels. Selon la formule du Conseil d'Etat, lorsque la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite. Le Conseil constitutionnel a pourtant consacré l'existence d'un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, réaffirmé à plusieurs reprises, mais qui ne s'est traduit ni par une réduction du nombre de textes, ni par une réduction du nombre de leurs dispositions. Les différents premiers ministres ont essayé de limiter les effets négatifs de cette prolifération ;

Exemple

on peut citer la circulaire du 26 août 2003 est relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, mais aussi la circulaire du 26 juillet 2017, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2017, qui préconise, pour toute norme nouvelle, la suppression de deux normes anciennes.

Les juges ont même été amenés à dénoncer certaines dispositions législatives comme étant non normatives.

Exemple

Ainsi les orientations et les objectifs présentés dans un rapport annexé à une loi ne sont pas revêtus de la valeur normative qui normalement s'attache à la loi elle-même (CE, Ass., 5 mars 1999, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, *AJDA* 1999, p. 462) ; de manière plus large, un rapport législatif accompagnant la loi de financement de la sécurité sociale n'a pas valeur législative (CE, Ass., 5 mars 1999, Rouquette, *AJDA* 1999, 463). Les lois de programmation n'ont pas non plus en principe de caractère normatif (CE, 18 juillet 2011, Fédération nationale des chasseurs, *Rec.*, p. 368 : « *Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'antépénultième alinéa de l'article 34 de la Constitution : "Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État" ; que celles des dispositions d'une loi qui, prises sur ce fondement, se bornent à fixer des objectifs à l'action de l'Etat sont dépourvues de portée normative et ne sauraient dès lors être regardées comme applicables au litige, au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 23 novembre 1958 ; que tel est le cas des articles 1^{er} et 49 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement* »).

Le Conseil constitutionnel traque les dispositions non normatives (décision n° 2005-512 DC Loi sur l'avenir de l'école du 21 avril 2005).

Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 (extrait).

« 11. *Considérant qu'aux termes de l'article 12 de la loi déferée : « Les orientations et les objectifs de la politique nationale en faveur de l'éducation ainsi que les moyens programmés figurant dans le rapport annexé à la présente loi sont approuvés » ;*

12. Considérant que ce rapport annexé fixe des objectifs à l'action de l'Etat dans le domaine de l'enseignement des premier et second degrés ; que, si les engagements qui y figurent ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache à la loi, ses dispositions sont de celles qui peuvent trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social prévue par l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution ; que, dans cette mesure, elles pouvaient être approuvées par le législateur ; que le grief tiré du défaut de portée normative ne peut donc être utilement soulevé à l'encontre de l'ensemble du rapport approuvé par l'article 12 de la loi déferée ; »

Une importante entreprise de codification a été entreprise, dans le but de faciliter l'accès au droit pour les citoyens, ce qui répond à l'objectif de clarté et d'accessibilité, mais aussi à l'exigence de simplification. Reste une grande instabilité des textes, donc une grande insécurité juridique. Une circulaire du 26 janvier 1998 évoquait l'idée d'une étude d'impact pour montrer en quoi le texte est justifié et utile, pour éviter la prolifération des textes. Les études d'impact ont bien été prévues et mises en place (loi organique du 15 avril 2009, art. 8), mais elles sont réalisées le plus souvent en fin de parcours, après l'élaboration de la loi elle-même. Le Conseil constitutionnel n'exerce sur cette étude d'impact qu'un contrôle extrêmement limité ; il faut, au préalable, que la conférence des présidents de l'assemblée soit saisie d'une demande tendant à constater que les règles

relatives aux études d'impact ont été méconnues (CC, n° [2019-794 DC](#), 20 déc. 2019, Loi d'orientation des mobilités, le Conseil indiquant dans cette décision qu'un prestataire privé peut, sous la direction et le contrôle du Premier ministre, participer à la rédaction de l'étude d'impact) ; le Conseil d'Etat, en formation administrative, s'attache à en vérifier le sérieux et n'hésite pas, depuis trois ans (rapport annuel 2016), à demander au Gouvernement de revoir l'étude d'impact si elle s'avère incomplète (avis section sociale, n° 399.528 et 399.529, 16 et 23 janvier 2020, dénonçant les faiblesses et les carences de l'étude d'impact jointe au projet de loi instituant un système universel de retraites).

Il convient d'étudier dans un premier temps les domaines de la loi et du règlement (§1).

§1 : Les domaines législatif et réglementaire

Il faut identifier leurs domaines respectifs avant d'étudier les techniques mises en place pour protéger les domaines respectifs de la loi et du règlement.

A - L'identification des domaines

L'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 a modifié la situation. Il est donc utile de déterminer les domaines de la loi et du règlement avant et après 1958.

1. Avant 1958

La loi est votée par le Parlement, selon la procédure législative ; aucune référence matérielle n'est utilisée. La loi peut intervenir dans n'importe quel domaine, aucun ne lui est interdit. Il n'y a pas de domaine législatif a priori : font partie du domaine législatif toutes les matières sur lesquelles statue le Parlement. Certaines matières sont cependant réservées à la loi, soit par des dispositions constitutionnelles, ce qui est peu fréquent, soit par la tradition républicaine. Selon le Conseil d'Etat dans un avis n° 60.497 du 6 février 1953, 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 de 1789 dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule. Le législateur ne peut dès lors étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire. La Constitution assigne donc à la loi un domaine minimum. La loi est maîtresse de sa compétence et le pouvoir réglementaire ne dispose d'aucun domaine propre. Dans le même temps, la loi demeure l'acte souverain : elle ne peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

Exemple

Avis n° 60.497 du 6 février 1953.

« Vu la Constitution du 27 octobre 1946.

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 "l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit".

Considérant qu'il ressort des débats ayant précédé l'adoption de cette disposition, dont le principe figurait déjà dans l'article 55 du projet de Constitution élaboré par la première Assemblée nationale constituante, ainsi que de la procédure organisée aux articles 14 et suivants de la Constitution pour la discussion et le vote des lois, que les auteurs de ce texte ont entendu interdire le recours aux décrets pris en vertu des lois de pléines pouvoirs telles qu'elles furent votées sous la IIIème République ;

Considérant d'autre part que le législateur peut, en principe, déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire ; qu'il peut, à cette fin, 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 des dispositions législatives ; qu'ils pourront être eux-mêmes modifiés par d'autres décrets jusqu'à ce que le législateur évoque à nouveau les matières en question dans des conditions excluant dorénavant la compétence du pouvoir réglementaire ;

Considérant toutefois que 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 ; que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire ; mais qu'il se borne à poser les règles essentielles en laissant au gouvernement le soin de les compléter ;

Considérant enfin qu'en vertu de l'article 3 de la Constitution, la souveraineté nationale appartient au peuple français qui "l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale, en toutes autres matières que les matières constitutionnelles" ; que l'extension de la compétence du pouvoir réglementaire serait contraire à l'article 3 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. »

Dès avant 1958, le Parlement avait délégué une partie de ses compétences au pouvoir exécutif. Le Gouvernement pouvait agir à la place du pouvoir législatif dans certains domaines par le système de la **loi-cadre** (détermination par la loi de certains principes, le gouvernement précisant les modalités d'application), des **décrets-lois**, par lesquels une loi permettait au Gouvernement de prendre par décret des mesures susceptibles de modifier les lois existantes, ou encore de la **loi du 17 août 1948** (loi André Marie) : la loi définissait le champ du pouvoir réglementaire en l'augmentant. Cette loi énumérait une série de questions, qu'elle qualifiait de réglementaires par nature, sur lesquelles le Parlement s'interdisait d'intervenir ; mais ce dessaisissement ne pouvait porter que sur des sujets techniques. Ces différentes possibilités étaient encadrées par l'avis précité du Conseil d'Etat de 1953.

Le règlement est donc une norme seconde ; il s'agit d'un élément indispensable, mais accessoire dans l'édifice normatif. Il dispose d'un domaine limité, puisque la loi peut intervenir dans tous les domaines. Le règlement complète la loi, il est édicté dès lors qu'il apparaît nécessaire pour permettre l'application et l'exécution de la loi. C'est le règlement traditionnel d'exécution de la loi. Il est en principe toujours subordonné à la loi et peut faire l'objet d'un contrôle devant le juge administratif. Ce dernier peut annuler un règlement qui méconnaîtrait une loi. Cependant, il existe, dès cette époque, une exception : un règlement peut intervenir en dehors de toute loi, de manière autonome, CE, 8 août 1919, Labonne.

Le Président de la République, investi par les lois constitutionnelles du pouvoir réglementaire, peut en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, prendre des mesures de police générale applicables à l'ensemble du territoire. C'est désormais le Premier Ministre qui dispose de cette compétence :

Exemple

CE 13 mai 1960, SARL Restaurant Nicolas, Rec., p. 324, à propos de la réglementation de la vente et de l'achat du gibier ; CE, 2 mai 1973, Association culturelle des Israélites nord africains de Paris, Rec., p. 313, s'agissant de l'abattage des animaux dans des conditions conformes à l'ordre public et à la salubrité ; CE, 14 octobre 2015, Association Automobile Club des avocats, Rec., p. 532 à propos de la limitation de vitesse établie sur le périphérique parisien ; cette compétence du Premier ministre joue également en période de circonstances exceptionnelles : CE, réf., 22 mars 2020, Syndicat jeunes médecins, AJDA 2020, p. 655.

2. Après 1958

Après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, la loi dispose d'un domaine limité : l'article 34 de la Constitution énumère les matières dans lesquelles la loi peut intervenir. Ce sont les matières les plus importantes dans lesquelles seule la loi peut intervenir. On a ainsi pu considérer que la compétence du législateur se résumait à l'article 34 de la Constitution. Cette disposition fait une distinction entre les matières où la loi fixe les règles et celles où la loi détermine les principes fondamentaux. Il semblait que la distinction permettait de déterminer la compétence du pouvoir réglementaire, moins importante dans le premier cas que dans le second. La liste de ces matières peut être complétée par une loi organique. On en arriverait alors à une définition matérielle de la loi : il s'agirait de l'acte voté par le Parlement dans les matières de l'article 34. Il y a donc désacralisation de la loi, déclin de la loi, cantonnement de la loi et augmentation du domaine du pouvoir réglementaire. Les matières qui ne sont pas du domaine de la loi sont du domaine du règlement (art. 37). La loi est un acte contestable, dans certaines limites seulement, même si elle peut être remise en cause une fois promulguée, soit au titre de la jurisprudence Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie de 1985 (la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine), soit au titre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Cependant, les juges se sont livrés à une **lecture unitaire** de l'article 34 : il ne faut faire aucune distinction selon que la loi fixe les règles ou détermine les principes fondamentaux. Il n'y a jamais compétence exclusive du législateur, il y a toujours place pour le pouvoir réglementaire (CE, 27 janvier 1961, Daunizeau, Rec., p. 57). Ils se sont livrés également à une **lecture extensive** de l'article 34 : le Conseil constitutionnel a entendu certaines notions dans un sens favorable à la compétence du législateur (par exemple pour la notion de catégorie nouvelle d'établissements publics, pour la notion de planification économique). Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il estimé que l'article 34, en réservant à la loi la détermination des principes fondamentaux de la sécurité sociale, a entendu englober dans ces termes l'ensemble des systèmes de protection sociale, quelles que soient leurs modalités de gestion administrative ou financière ; la détermination des principes fondamentaux de l'aide sociale relève de la loi ; si la détermination des tarifs applicables aux usagers d'un service public n'est pas au nombre des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution, et si donc des dispositions imposant des obligations tarifaires à l'exploitant d'un service public ont en principe un caractère réglementaire, il en va différemment lorsque l'Etat, en imposant par voie de mesure générale en faveur de certaines catégories d'usagers des réductions de tarif à caractère social, entend reconnaître au profit de leurs bénéficiaires le droit à un avantage assimilable à une prestation d'aide sociale (CE, 22 octobre 2003, GISTI et autres, RFDA 2003, p. 1251).

L'article 34 n'est pas, de plus, le seul à déterminer le domaine de la loi. D'autres dispositions constitutionnelles ou du Préambule prévoient l'intervention du législateur : tout le domaine des libertés publiques, la ratification de certains traités internationaux (art. 53), le domaine des collectivités territoriales (art. 72). Seule la loi peut remettre en cause un principe général du droit (voir *infra*).

Le règlement, lui, acquiert un domaine illimité, celui de la loi étant initialement cantonné à l'article 34. Le règlement pourrait donc intervenir dans tous les domaines, sauf ceux qui sont énumérés à l'article 34. Du même coup, le règlement n'est plus seulement un règlement d'exécution de la loi : il peut l'être lorsqu'il permet son application. Mais, puisqu'il peut intervenir en dehors de toute loi, sur le fondement de l'article 37, est consacré un pouvoir réglementaire autonome : il ne peut donc être subordonné à la loi puisque, par définition, il n'en existe pas.

B - La protection des domaines

Le pouvoir réglementaire doit respecter le domaine législatif: c'est le mécanisme traditionnel du contrôle des actes administratifs par rapport à la loi qu'effectue le juge administratif. Si un règlement intervient dans une matière réservée à la loi par l'article 34, le règlement sera annulé pour incompétence de son auteur, et pour méconnaissance de la hiérarchie des normes.

Le pouvoir législatif doit respecter le domaine réglementaire:

- Pour une loi antérieure à 1958 intervenue dans un domaine devenu réglementaire : ce texte peut être modifié par décret pris après avis du Conseil d'Etat. Article 37 de la Constitution : « *Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État.* »
- Pour une loi postérieure à 1958 :
 - Il existe un **mécanisme préventif** pour éviter tout empiètement du législateur dans le domaine réglementaire : il s'agit de l'article 41 de la Constitution. Le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité s'il estime, au cours de la procédure législative, qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38. Deux situations peuvent se présenter : soit le Président de l'assemblée devant laquelle le texte est en discussion est d'accord avec le Gouvernement, on ne discute pas la proposition législative ; soit le Président de l'assemblée n'est pas d'accord avec le Gouvernement et dans ce cas, le Conseil constitutionnel, saisi par l'un ou l'autre, doit se prononcer dans les 8 jours pour dire si le texte entre ou non dans la compétence législative. Si tel est le cas, la discussion continue ; si au contraire, le Conseil constitutionnel estime que la loi intervient dans le domaine réglementaire, la discussion sur la disposition s'arrête.
 - Pour une raison politique ou d'opportunité, il peut se faire que le Gouvernement n'ait pas opposé l'irrecevabilité au cours des débats parlementaires ; il peut cependant récupérer sa compétence lorsque la loi a été définitivement votée et promulguée. Il peut utiliser l'article 37, alinéa 2 : « *Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.* » Le Premier ministre peut demander au Conseil constitutionnel de constater que le texte est intervenu dans une matière réglementaire ; si tel est le cas, le premier ministre pourra modifier ce texte par décret.
 - Il aurait été envisageable de faire jouer l'article 61 de la Constitution. La loi, une fois votée, aurait pu être déférée au Conseil constitutionnel au motif qu'elle serait intervenue dans un domaine réglementaire. Dans sa décision Blocage des prix et des revenus du 30 juillet 1982, le Conseil constitutionnel a estimé que le Gouvernement a les moyens de faire respecter sa compétence réglementaire par les mécanismes de l'article 41 et de l'article 37, al 2. Ces procédures sont facultatives et le Gouvernement en reste maître. Une loi n'est dès lors pas inconstitutionnelle, du seul fait qu'elle serait intervenue dans le domaine réglementaire. L'article 61 est donc une voie inutilisable. La loi peut donc s'étendre dans le domaine réglementaire tant que le Gouvernement ne manifeste pas son désaccord.

Exemple

Ces éléments ont été précisés dans la décision n° 2005-512 DC Loi sur l'avenir de l'école du Conseil constitutionnel, rendue le 21 avril 2005. Le Conseil constitutionnel a procédé dans cette décision à un pré-déclassement des dispositions législatives intervenues dans le domaine réglementaire. Cette décision implique que le Premier ministre n'a pas à saisir à nouveau le Conseil constitutionnel au titre de l'article 37, alinéa 2 ; il peut, du fait de cette constatation du caractère réglementaire de la disposition, la modifier par voie réglementaire.

Décision n° **2005-512 DC** du 21 avril 2005, Loi sur l'avenir de l'école (extrait).

« SUR LA PRÉSENCE DANS LA LOI DE DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES :

22. Considérant que les requérants soutiennent, de façon générale, que la loi déferée comporte « de nombreuses dispositions sans aucune portée législative... en contradiction avec les articles 34 et 37 de la Constitution » :

23. Considérant que les articles 19, 22, 33 et 34 de la loi déferée se bornent respectivement à instituer dans chaque académie une commission sur l'enseignement des langues vivantes étrangères, à modifier la terminologie relative à un organisme déjà existant, à prévoir la création et les conditions d'attribution d'un label de « lycée des métiers », à définir le « projet d'école ou d'établissement » et le règlement intérieur que doivent adopter les écoles et établissements d'enseignement scolaire public ; qu'ils ne mettent en cause ni « les principes fondamentaux... de l'enseignement », qui relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, ni aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans le domaine de la loi ; que ces dispositions ont, à l'évidence, le caractère réglementaire. »

La détermination actuelle des domaines de la loi et du règlement est ainsi moins précise. La loi n'a donc plus un domaine limité : elle peut intervenir en dehors des matières de l'article 34, grâce à d'autres articles de la Constitution. Elle peut, même à l'intérieur de l'article 34, descendre relativement loin dans le détail ; elle peut également intervenir dans le domaine réglementaire tant que le Gouvernement ne s'y oppose pas. Le critère de distinction entre les deux domaines repose donc sur la distinction mise en cause/mise en œuvre (mesures importantes, mesures accessoires). Le critère tiré de l'état de la législation antérieure peut également être utilisé : si un droit a fait l'objet de limitations antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, le pouvoir réglementaire pourra les préciser.

§2 : La hiérarchie des normes législatives et réglementaires

Il existe une certaine hiérarchie entre normes législatives et également entre normes réglementaires. Il faut alors distinguer les différentes catégories de lois (A), avant de s'intéresser aux ordonnances (B) et aux règlements (C).

A - Les différentes catégories de lois

Les lois n'appartiennent pas toutes à la même catégorie.

Les lois ordinaires, qui peuvent faire l'objet d'un contrôle du Conseil constitutionnel, sont les plus connues et les plus courantes. Ce sont elles qui sont votées, selon la procédure législative ordinaire, par le Parlement. Font également l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel les lois du pays votées par le Congrès en Nouvelle-Calédonie.

Les lois organiques sont votées selon une procédure spécifique (art. 46 de la Constitution) ; elles font obligatoirement l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et peuvent faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité (CE, 6 avril 2016, M. A. c/ CSM, n° 380570).

Les lois référendaires sont adoptées directement par le peuple souverain : elles ne peuvent être contrôlées par le Conseil constitutionnel car elles sont l'expression directe de la souveraineté nationale (CC, 6 novembre 1962, déc. n° [62-20 DC](#), *Loi référendaire*, confirmée par CC, 23 septembre 1992, déc. n° [92-313 DC](#), *Maastricht III*), mais elles peuvent être modifiées par une loi ordinaire (CC, 9 janvier 1990, déc. n° [89-265 DC](#), *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie*). Elles peuvent cependant faire l'objet d'un contrôle dans le cadre d'un examen de conventionnalité, rien ne s'y opposant a priori (v. C. Maugué, concl. Sur CE, Ass., 30 octobre 1998, Sarra et Levacher, *RFDA* 1998, p. 1081).

B - Le cas des ordonnances

La pratique des ordonnances est prévue par l'article 38 de la Constitution. Elle s'inspire des décrets-lois de la 3ème République. Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Intervention du pouvoir réglementaire dans les matières réservées à la loi.

Article 38 de la Constitution française de 1958 :

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

L'article 38 de la Constitution détermine donc les conditions permettant au Gouvernement d'agir par voie d'ordonnances (1) ; une fois adoptées, celles-ci font l'objet d'un régime juridique spécifique (2).

1. La détermination de la procédure

La procédure d'édiction des ordonnances est précise. Le Gouvernement ne peut intervenir spontanément dans les matières législatives. Il lui faut une habilitation qui est donnée par le législateur. La loi autorise le Gouvernement à agir par voie d'ordonnance, pendant une période déterminée : le délai est limité, environ 6 mois. L'article 38 n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de l'habilitation (CC, 26 juin 2003). L'urgence peut justifier le recours à la technique des ordonnances.

La loi indique un second délai, à l'expiration duquel le Gouvernement a dû saisir le Parlement d'un projet de loi de ratification. L'habilitation est donnée au Gouvernement pour que celui-ci prenne des mesures en vue de l'exécution de son programme, mais de manière précise. Les lois d'habilitation sont de plus en plus précises sur l'objet de l'autorisation. Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle efficace. Dès lors que la loi d'habilitation est votée, le Parlement ne peut plus intervenir dans le domaine dans lequel le Gouvernement est autorisé à intervenir. Il est dessaisi et le Gouvernement pourrait opposer l'irrecevabilité de l'article [41](#) de la Constitution si une proposition intervenait en cette matière. Le Conseil d'Etat doit être saisi des projets d'ordonnances ; elles sont délibérées en conseil des ministres et signées par le Président de la République qui a seul compétence pour signer les ordonnances. Il peut éventuellement refuser de les signer ; cela est arrivé pendant le septennat de François Mitterrand, en période de cohabitation, à trois reprises : privatisations, redécoupage des cantons et aménagement du temps de travail ; dans ce cas, le Gouvernement est obligé de passer par la procédure législative ordinaire. Le Gouvernement doit respecter les limites de l'habilitation, telles qu'elles ont été précisées par le Conseil constitutionnel en cas de contrôle.

Exemple

Voir par exemple la Loi n° [2017-1340](#) du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

2. Le régime juridique spécifique

Le régime juridique des ordonnances est complexe. Les ordonnances ont pour auteur des autorités administratives, elles sont signées par le Président de la République, mais elles interviennent dans le domaine de la loi. Les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication au Journal Officiel.

Tant qu'elles ne sont pas ratifiées, elles ont une valeur réglementaire : elles sont soumises au contrôle du juge administratif, le Conseil d'Etat, qui pourra annuler une ordonnance parce qu'elle ne respecte pas la loi d'habilitation (contrôle d'autant plus strict que le Conseil constitutionnel a contrôlé la loi d'habilitation : CE, Ass., 3 juillet 1998, Syndicat des médecins d'Aix, *RFDA* 1998, p. 961, concl. Bonichot : lorsque le Gouvernement est habilité à prendre une mesure par voie d'ordonnance, il ne peut renvoyer à un décret le soin d'intervenir ; il y aurait incompétence négative) ou une norme supérieure (par ex. un principe général du droit : CE, Ass., 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, *Rec.*, p. 658 ; mais le législateur peut, dans la loi d'habilitation, autoriser plus ou moins clairement le Gouvernement à ne pas respecter un PGD, celui de non-rétroactivité : CE, 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province et autres, *RFDA* 1996, p. 1099, concl. Maugué, note Favoreu ; ou celui de la liberté du commerce et de l'industrie). Le Conseil d'Etat doit vérifier que l'ordonnance respecte également les normes constitutionnelles et internationales ; il peut opérer un contrôle de conventionnalité de l'ordonnance.

Passé le délai posé par la loi d'habilitation, le gouvernement ne peut plus intervenir par voie d'ordonnance ; il perd sa compétence au profit du Parlement. Le Gouvernement doit déposer sur le bureau des assemblées un projet de loi de ratification dans le délai prévu par la loi d'habilitation.

- Si le Gouvernement ne dépose pas de projet de loi de ratification, les ordonnances conservent leur valeur de règlement jusqu'à la date fixée pour le dépôt, elles deviennent ensuite caduques ; elles cessent de produire effet pour l'avenir.
- Si le projet de loi est déposé dans les délais, trois possibilités s'ouvrent :
 - Le Parlement ratifie expressément les ordonnances : elles acquièrent rétroactivement une valeur législative et ne peuvent plus être modifiées que par une loi. Ces actes ne peuvent plus être contrôlés par le juge administratif compte tenu de leur valeur désormais législative (CE, 23 octobre 2002, Laboratoires Juva santé, *AJDA* 2003, p. 23 note Costa), sauf si la loi de ratification s'avérait incompatible avec les dispositions d'une convention internationale ou européenne.

Exemple

Par ex. à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : obstacle au droit de toute personne à un procès équitable, CE, 8 novembre 2000, Hoffer, *RFDA* 2001, p. 454 : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions de la Constitution que, dès lors que sa ratification est opérée par le législateur, une ordonnance acquiert valeur législative à compter de sa signature ; qu'il suit de là qu'en cas de ratification, la légalité d'une ordonnance ne peut plus en principe être utilement contestée devant la juridiction administrative ; qu'il ne pourrait en aller autrement que dans le cas où la loi de ratification s'avérerait incompatible avec une convention internationale, et notamment dans un domaine entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec les stipulations de cet article, au motif qu'en raison des circonstances de son adoption, cette loi aurait eu essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable.* »

- Le Parlement refuse de ratifier le projet : les ordonnances deviennent caduques à la date du refus, mais conservent leur valeur d'actes administratifs jusqu'à cette date. Cela implique que le contrôle du Conseil d'Etat demeure possible.
- Le Parlement ne se prononce pas : les ordonnances demeuraient en principe des actes réglementaires, mais ne pouvaient plus être modifiés que par une loi. Le Parlement pouvait cependant, et c'était un cas fréquent, ratifier les ordonnances de manière implicite. Le Conseil constitutionnel admettait cette possibilité, dès lors que le Parlement avait clairement manifesté cette volonté. Autrement dit, une loi n'avait pas pour objet la ratification de l'ordonnance, mais elle l'impliquait nécessairement. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a supprimé cette possibilité, puisque l'article 38 de la Constitution dispose désormais que les ordonnances « *ne peuvent*

être ratifiées que de manière expresse ». C'est un gage de transparence et cela conduit la représentation nationale à se prononcer formellement sur la loi de ratification. Cela permet aussi à tout citoyen de savoir si les ordonnances ont bien été ratifiées ou non. La loi de ratification n'est pas qu'une simple formalité pour le Gouvernement ; ainsi, comme le rappelle un rapport sénatorial, *« la ratification expresse n'est pas une simple formalité pour le Gouvernement comme en témoigne le projet de ratification de l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure initialement proposée par l'article 5 du projet de loi relatif à la sécurité intérieure et à la lutte contre le terrorisme déposé au Sénat le 3 octobre 2012. Réunie le 10 octobre 2012 pour établir un texte, la commission des lois de la Haute assemblée a estimé qu'elle n'avait pas pu disposer d'un délai suffisamment long pour examiner les 550 articles du code et vérifier le respect de l'habilitation, en particulier l'observation de la codification à droit constant. La ratification n'a pas été votée par le Parlement ».*

Cependant, dans une décision n° [2020-843 QPC](#) du 28 mai 2020, Force 5 (autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité), le Conseil constitutionnel a jugé que *« D'une part, cet article L. 120-1-1 institue une procédure qui répond aux exigences d'accès du public aux informations relatives à l'environnement et de participation à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article 7 de la Charte de l'environnement. D'autre part, si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification. Toutefois, conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1^{er} septembre 2013, les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives ».* La haute instance revient donc en 2020 sur sa décision n° [2011-219 QPC](#) du 10 février 2012, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait considéré que des dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée *« ne revêtent pas le caractère de dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution »* et qu'il n'y avait donc pas lieu, pour lui, d'en connaître... Cette solution du 28 mai 2020 a été confirmée sans ambiguïté par une décision du 3 juillet 2020 (CC, n° [2020-851/852 QPC](#)). De son côté, le Conseil d'Etat, après une hésitation (CE, 1^{er} juillet 2020, Conseil national de l'ordre des architectes, n° [429132](#)), a suivi la solution du Conseil constitutionnel (CE, 28 septembre 2020, n° [441059](#)), abandonnant ainsi sa jurisprudence Syndicat national des entreprises des loisirs marchands (CE, 13 juillet 2016, n° [396170](#), Rec., p. 599). Mais c'est par une **décision d'Assemblée du 16 décembre 2020, Fédération CFDT des finances, CGT et Fédération des personnels des services publics et des services de santé FO (n° [440258](#))** que le Conseil d'Etat a explicité son contrôle dans une telle situation. La haute juridiction suit donc la voie tracée par le Conseil constitutionnel et indique que le régime contentieux que cet arrêt rendu en formation solennelle doit faire en sorte qu'il n'entraîne aucun recul de l'Etat de droit pour les justiciables ; il souhaite donner par cette décision un mode d'emploi qui soit le plus clair et le plus simple possible pour les requérants ; l'objectif est de s'adapter à la stratégie contentieuse du demandeur, qui reste libre du choix des moyens qu'il invoque. Ainsi, désormais, tant qu'une ordonnance n'a pas été ratifiée par le Parlement, elle est toujours contestable devant le Conseil d'Etat qui peut la contrôler (cela ne change pas) ; en revanche, lorsque le délai d'habilitation accordé par le Parlement au Gouvernement pour prendre l'ordonnance est expiré, la contestation de l'ordonnance au regard des droits et libertés garantis par la Constitution doit prendre la forme d'une QPC. Le Conseil d'Etat devra ainsi, si la QPC remplit les conditions requises, la transmettre au Conseil constitutionnel qui se prononcera. Cependant, le Conseil d'Etat se réserve le droit de contrôler la conformité de l'ordonnance aux autres règles et principes de valeur constitutionnelle, aux engagements internationaux de la France, aux limites fixées par le Parlement dans la loi d'habilitation et aux principes généraux du droit, ainsi qu'à des règles de compétence, de forme et de procédure. Il pourra ainsi l'annuler si elle est illégale pour l'un de ces motifs, quel que soit le sort réservé par le Conseil constitutionnel à une QPC qui lui aura été transmise. Une telle solution permet donc aux requérants de déployer de véritables stratégies contentieuses, en privilégiant soit un moyen tiré de la méconnaissance d'un principe constitutionnel, soit un moyen tiré de la méconnaissance d'un principe général du droit ; le Conseil d'Etat admet ainsi que *« le requérant a le choix des moyens qu'il entend soulever, en particulier lorsque*

des principes voisins peuvent trouver leur source dans la Constitution, dans des engagements internationaux ou dans des principes généraux du droit. A défaut de précision quant à la source du principe invoqué, il appartient au juge d'opérer son contrôle au regard de la norme de référence la plus conforme à l'argumentation dont il est saisi et à la forme de sa présentation » (CE, 19 juill. 2022, n° [453971](#), Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine (ADMR)).

Cette répartition des compétences n'est pas d'une limpidité totale. Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré les dispositions d'une ordonnance non ratifiée, sur le fondement de cette nouvelle jurisprudence : CC, déc. n° [2020-872 QPC](#) du 15 janvier 2021, à propos de l'utilisation de la visioconférence devant les juridictions pénales sans accord des parties. Il a également invalidé les dispositions d'une ordonnance du 25 novembre non ratifiée, en ce qu'elles portaient atteinte au respect de la vie privée du fonctionnaire (CC, déc. n° [2021-917 QPC](#) du 11 juin 2021, Union nationale des syndicats autonomes de la fonction publique). Mais il n'a pas invalidé certaines dispositions de l'ordonnance du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de l'Etat (CC, déc. n° [2021-961 QPC](#), 14 janv. 2022). De son côté, le Conseil d'Etat doit déterminer si les dispositions contestées de l'ordonnance relèvent du domaine de la loi ou du domaine du règlement ; dans le premier cas, si le délai de ratification a expiré, il pourra transmettre la QPC au Conseil constitutionnel si les conditions requises sont remplies (ce qui suppose que le requérant ait bien déposé un mémoire distinct : CE, 12 mai 2022, n° [444994](#)) ; dans le second cas, il ne peut transmettre la QPC et vérifiera lui-même s'il y a lieu la constitutionnalité des dispositions réglementaires (CE, 21 déc. 2020, Syndicat de la juridiction administrative, n° [441399](#)).

A plusieurs reprises, le Conseil d'Etat, saisi dans de telles conditions, a transmis la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ; ce dernier a, à deux reprises, considéré que les dispositions renvoyées ne méconnaissaient aucun droit ou liberté garantis par la Constitution. Cependant, par une décision du 11 juin 2021 (n° [2021-917 QPC](#)), le Conseil constitutionnel a considéré les dispositions comme méconnaissant des droits et libertés que la Constitution garantit (s'agissant du paragraphe VIII de l'article 21 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° [2020-1447](#) du 25 novembre 2020 portant diverses mesures en matière de santé et de famille dans la fonction publique, au motif que ces dispositions portent une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ; il revenait alors au Conseil d'Etat de déterminer les conséquences d'une telle décision sur son office. **Par un important arrêt de Section du 26 juillet 2022, UNSA Fonction publique (n° [449040](#))**, le Conseil d'Etat précise que, selon le dispositif de cette décision, « *la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet dans les conditions fixées au paragraphe 13, lequel relève qu'en l'absence de motif justifiant de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité, celle-ci intervient à compter de la publication de la décision et est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date* ». Après cette décision rendue sur QPC, le Conseil d'Etat avait une option : soit prononcer un non-lieu du fait de l'abrogation des dispositions par le Conseil constitutionnel, soit prononcer l'annulation des dispositions contestées de l'ordonnance du fait de leur inconstitutionnalité. C'est cette seconde solution que la haute instance a retenue ; elle annule donc les dispositions de l'ordonnance déclarées inconstitutionnelles.

Il existe d'autres ordonnances : en matière budgétaire (art. [47](#) de la Constitution, avec le même régime juridique que celles de l'article 38), pour la mise en place des institutions (art. [92](#) de la Constitution, abrogé en 1995 : « *Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, par ordonnance ayant force de loi* »), ordonnances prises sur le fondement de la loi du 13 avril 1962 pour l'application des accords d'Evian :

Exemple

avec compétence du Président de la République : CE, Ass., 19 octobre 1962, Canal.

Arrêt Canal du 19 octobre 1962 (extrait).

« Considérant que l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 adoptée par le peuple français par la voie du référendum autorise le Président de la République "à arrêter, par voie d'ordonnance ou selon le cas, de décrets en Conseil des Ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962" ; qu'il résulte de ses termes mêmes que ce texte a eu pour objet, non d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ; qu'il suit de là que l'ordonnance attaquée du 1^{er} juin 1962 qui a été prise en application de l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 conserve le caractère d'un acte administratif et est susceptible, comme tel, d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. »

Il existe d'autres mesures à caractère législatif : les mesures prises sur le fondement de l'article 16 ; on y reviendra lorsque nous étudierons les limites au principe de légalité et les mesures exceptionnelles.

C - Les différents règlements

Plusieurs questions se posent, s'agissant, d'une part de l'unité ou de la dualité du pouvoir réglementaire et des règlements (1), d'autre part de la diversité des autorités disposant du pouvoir réglementaire (2).

1. Unité ou dualité des règlements ?

Selon la présentation traditionnelle, après 1958 existent deux types de règlements. Le règlement d'exécution de la loi, traditionnel, que l'on connaissait avant 1958, qui trouve son fondement dans l'article 21 de la Constitution. Le Premier Ministre assure l'exécution des lois ; il exerce le pouvoir réglementaire, sous réserve des dispositions de l'article 13 de la Constitution. Le règlement est subordonné à la loi et ne peut contredire la loi ; il est nécessaire, indispensable ou utile à l'application de la loi (CE, Ass., 8 mai 1966, Soc. La verrerie d'Arques, Rec., p. 279).

Depuis 1958, une partie de la doctrine soutient qu'il existerait une distinction des règlements fondée sur leur contenu : les règlements d'exécution des lois et les règlements autonomes.

a) Le règlement d'exécution de la loi

La permanence du règlement d'exécution serait le règlement issu de la tradition historique et politique française. Il trouverait un fondement dans l'article 21 de la Constitution :

« le Premier Ministre assure l'exécution des lois, il exerce le pouvoir réglementaire sous réserve des dispositions de l'article 13. »

Le règlement est alors subordonné à la loi qu'il doit appliquer sans la contrarier. Mais il doit aussi respecter les autres lois.

Ce type de règlement est encore le principe actuellement, on en a précisé le champ d'application.

Le règlement peut-il alors instaurer des dispositions nouvelles sans se contenter de décrire de manière plus précise ce qui est contenu dans la loi ?

Cela est possible à certaines conditions, dans certaines limites : le règlement sera alors légal si ces innovations apparaissent indispensables pour la réalisation effective des dispositions mêmes de la loi. Les nouveautés apportées par le règlement doivent être considérées comme le complément indispensable des dispositions législatives. Il doit intervenir dans le cadre de la mission attribuée par la loi.

Exemple

CE, 27 novembre 1992, Fédération Interco CFDT, Rec., p. 426. Pour un exemple, CE, 27 janvier 1961, Daunizeau, Rec., p. 57.

Le règlement d'exécution ne peut donc contredire la loi dont il est chargé de permettre l'application.

Exemple

CE, Sect., 20 novembre 1998, Fédération nationale de l'industrie hôtelière, RFDA 1999, p. 392, concl. Chauvaux.

Le pouvoir réglementaire doit cependant exercer sa compétence : un décret, pris pour l'application d'une loi, ne peut se contenter de répéter mot à mot la loi en renvoyant à un arrêté le soin de préciser les modalités de mise en œuvre de la loi (CE, 19 mai 2021, Syndicat national des agents publics de l'Education nationale, n° 430342). Le Conseil d'Etat a précisé que le pouvoir réglementaire d'application de la loi n'a pas à épuiser sa compétence en un seul décret (CE, 28 juill. 2023, n° 461565, Fédération nationale des chasseurs : « *S'il incombe au pouvoir réglementaire de prendre l'ensemble des dispositions réglementaires nécessaires à l'application de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement, aucune disposition ni aucun principe ne l'oblige à épuiser sa compétence en un seul décret* »). Le juge a aussi précisé que « *si l'absence d'édiction des mesures réglementaires qu'implique nécessairement l'application de la loi est de nature à rendre cette application manifestement impossible, il n'en va pas de même du seul fait que les mesures réglementaires qui ont été édictées seraient illégales* » (CE, 24 mai 2024, n° 474407).

Le règlement peut même étendre des dispositions législatives à des matières que la loi n'envisageait pas (CE, 10 sep 1992 Meyet, Rec., p. 327, concl D Kessler, AJDA 1992, p. 643 chron. Maugué et Schwartz), parce que cela s'impose pour l'application de la loi. La loi organise les élections législatives et présidentielles et prévoit les conditions du vote des Français de l'étranger dans le Code électoral, mais rien n'est prévu sur ce point pour les consultations référendaires ; le pouvoir réglementaire peut étendre ces dispositions législatives relatives à des élections à d'autres consultations, ici consultations référendaires, avec les adaptations nécessaires. Le Conseil constitutionnel a repris dans ces termes cette solution (CC, 6 septembre 2000 Pasqua, Rec., p. 144). De plus, ces règlements sont nécessaires pour l'exécution de la loi. Il existe à ce titre une réelle obligation d'édicter les règlements nécessaires à l'application d'une loi. Le pouvoir réglementaire ne doit ni minorer ni exagérer sa mission (CE, 8 mai 1964, Soc la verrerie d'Arques, Rec., p. 279).

De même, le refus ou même le retard dans l'édiction de règlements d'exécution de la loi est sanctionné. Le juge administratif peut même ordonner la réparation du préjudice causé par le retard à prendre un règlement d'exécution.

Exemple

CE, 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, Rec., p. 475 ; CE, Ass., 29 novembre 1964, Dame veuve Renard, Rec., p. 590, retard de 13 ans à la date de l'arrêt. Un délai de 22 mois est considéré comme n'excédant pas le délai dit raisonnable (compte tenu d'un changement dans le Gouvernement, CE, 3 octobre 1997, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, AJDA 1997, p. 909).

Dans le cas où une loi prévoirait que le décret devrait intervenir dans un certain délai et que le décret intervienne après le délai, le gouvernement reste cependant compétent.

Exemple

CE, 23 octobre 1992, Diemert, AJDA 1992 p. 785 ; la loi concernait le permis de conduire à point, loi du 10 juillet 1989 et décret du 25 juin 1992 alors que la loi prévoyait son intervention avant le 1^{er} janvier 1992.

Les règles doivent donc être édictées dans un délai raisonnable, et à l'expiration de ce délai il y aura lieu à illégalité et à responsabilité. Ces règles ont été réaffirmées :

Exemple

CE, 24 juin 1992, Soulat : un refus d'édicter un règlement d'exécution est annulé. Un arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 2000, France, nature environnement (AJDA 2000, p. 959) pose dans un considérant de principe cette obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures d'application des lois, sauf si le respect des engagements internationaux s'y oppose (voir également CE, 20 oct. 2021, Caisse d'assurance vieillesse des officiers ministériels, des officiers publics et des compagnies judiciaires (CAVOM), n° 445502).

Selon certains, il existerait une véritable fracture réglementaire, avec un délai très long entre le vote de la loi et son application. Le règlement de l'Assemblée Nationale a été modifié : le député qui a été le rapporteur d'une loi ou à défaut un autre député désigné par la commission permanente, présente à celle-ci un rapport sur l'application de la loi à l'issue d'un délai de 6 mois suivant son entrée en vigueur ; lorsque les textes réglementaires n'ont pas été pris, la commission entend son rapporteur à l'issue d'un nouveau délai de 6 mois. Cette modification a été considérée comme conforme à la Constitution (CC, 26 février 2004). Le pouvoir d'injonction et le pouvoir d'astreinte reconnus au juge administratif ont été très efficaces. Désormais en effet, en cas de retard dans l'édiction d'un règlement d'application d'une loi, le juge administratif peut enjoindre à l'administration de prendre le texte, dans un délai qu'il fixe, et sous astreinte, donc à tant par jour de retard.

Exemple

CE, 22 octobre 2010, Société Document Channel, n° [330216](#) ; CE, 28 mars 2018, France Nature Environnement, n° 408974.

CE, 28 mars 2018, France Nature Environnement, n° [408974](#) (extrait).

« 3. Considérant que le ministre chargé de l'environnement avait l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les arrêtés mentionnés qui sont, eu égard à leur objet et leur portée, nécessaires à l'application des dispositions législatives et réglementaires rappelées au point précédent ; qu'à ce jour, le ministre chargé de l'environnement a seulement pris, le 25 janvier 2013, un arrêté relatif à l'éclairage nocturne des bâtiments non résidentiels ; que, quelles qu'aient pu être les difficultés rencontrées par l'administration dans l'élaboration des divers autres arrêtés, l'abstention du ministre à les prendre s'est prolongée plus de cinq ans après l'intervention de la loi et de son décret d'application, bien au-delà, par conséquent, d'un délai raisonnable ; que, dans ces conditions, France Nature Environnement et autres sont fondés à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite par laquelle le ministre chargé de l'environnement a refusé de prendre ces arrêtés ;

Sur les conclusions à fin d'injonction et d'astreinte :

4. Considérant que l'annulation de la décision de la décision implicite du ministre chargé de l'environnement implique nécessairement l'édiction des arrêtés nécessaires à l'application des dispositions rappelées au point 2 ; qu'il y a donc lieu, pour le Conseil d'Etat statuant au contentieux, en application de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, d'ordonner cette édiction dans un délai de neuf mois à compter de la notification de la présente décision ; que, compte tenu des circonstances de l'espèce, notamment du retard anormal à prendre ces arrêtés, il y a également lieu, en application de l'article L. 911-3 du code de justice administrative, de prononcer contre l'Etat, à défaut pour lui de justifier de l'exécution de la présente décision dans un délai de neuf mois à compter de sa notification, une astreinte de 500 euros par jour jusqu'à la date à laquelle cette décision aura reçu exécution ; ».

... Cette arme dissuasive incite en général le pouvoir réglementaire à s'exécuter...

b) L'innovation des règlements autonomes

Le second type de règlement serait les règlements autonomes. Ils constitueraient une innovation de la Constitution de 1958 et trouveraient leur fondement dans l'article 37 de la Constitution. Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Ils interviendraient dans les matières qui leur sont réservées a contrario par rapport aux matières législatives, en particulier celles énumérées à l'article 34 de la Constitution. Ces règlements interviendraient sans habilitation législative, et ne devraient pas respecter de loi, car ils interviennent dans des matières qui n'en comportent pas.

Quelle serait alors leur valeur juridique ? Ne seraient-ils pas concurrents du pouvoir législatif ? Certains membres de la doctrine l'ont soutenu : ils considéraient même que le règlement était un acte initial, car il interviendrait sans qu'une loi l'ait prévu, et inconditionné parce qu'il ne devrait pas respecter une quelconque règle de fond prévue par la loi. Il répondrait donc aux critères classiques de la loi. Le règlement pourrait contenir ainsi n'importe quelle disposition. Certains ont alors qualifié le gouvernement de législateur de droit commun, par rapport au Parlement, pouvoir législatif d'exception. Il en résulterait que le règlement autonome et la loi

ne seraient soumis qu'à des normes constitutionnelles et que les règlements autonomes auraient une valeur équivalente à celle de la loi.

Le Conseil d'Etat a refusé une telle approche.

Exemple

Dans un arrêt de Section du 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs conseils (Rec., p. 394, *RDP* 1959 p. 1004, concl. Fournier), il ne s'agissait pas directement de règlement autonome mais d'une réglementation voisine, l'Etat agissant en matière économique comme législateur colonial. Le Conseil d'Etat se déclare compétent pour connaître d'une telle norme, cela signifie donc qu'il envisage ce type de règlement comme tout règlement administratif traditionnel et non pas comme une loi, qu'il refuse de contrôler. Il ne les contrôle pas seulement par rapport à la Constitution ; il affirme en effet que ces règlements doivent respecter les principes généraux du droit (PGD), qui s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives. Le règlement autonome est un règlement à valeur de règlement. Il demeure un acte administratif.

Arrêt Syndicat général des ingénieurs-conseils (extrait).

« Sur la légalité du décret attaqué : Considérant que le 25 juin 1947, alors que n'avait pas pris fin la période transitoire prévue par l'article 104 de la Constitution du 27 octobre 1946, le Président du Conseil des Ministres tenait de l'article 47 de ladite Constitution le pouvoir de régler par décret, dans les territoires dépendant du Ministère de la France d'Outre-Mer, en application de l'article 18 du sénatus-consulte du 3 mai 1854, les questions qui, dans la métropole, ressortissaient au domaine de la loi ; que, dans l'exercice de ces attributions, il était cependant tenu de respecter, d'une part, les dispositions des lois applicables dans les territoires d'outre-mer, d'autre part, les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives. »

L'intervention de plus en plus importante de la loi conduit à restreindre parallèlement le champ d'intervention du règlement : certains domaines relèvent encore du domaine du règlement autonome (organisation de l'administration d'Etat, procédure administrative non contentieuse, et encore, car cela touche aux droits et libertés des citoyens et que le législateur pose un certain nombre de grands principes, le statut des agents publics). Ces différents domaines ont été largement conquis par la loi...

Dès lors, le texte constitutionnel doit être réinterprété à la lumière de ces évolutions :

Exemple

pour le Conseil constitutionnel (déc. n° [76-94 L](#), 2 décembre 1976, Vote par procuration), l'article 37 définirait l'étendue du pouvoir réglementaire alors que l'article 21, sous réserve de l'article 13, déterminerait le titulaire de la compétence. Il indique que le Gouvernement est compétent, sur le fondement de l'article 37, pour prendre les règlements d'exécution des lois.

Décision Vote par procuration (extrait).

« Considérant que la Constitution, en son article 34, réserve au législateur la fixation des règles concernant les droits civiques, règles au nombre desquelles figure notamment l'attribution du droit de suffrage, et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles. »

2. La diversité des titulaires du pouvoir réglementaire

Il faut distinguer les titulaires de la compétence réglementaire générale et les titulaires de compétences spécifiques.

a) Les titulaires de la compétence réglementaire générale

Deux autorités sont investies de la compétence de prendre des règlements dans toutes les matières à caractère réglementaire et susceptibles de s'appliquer sur tout le territoire national. Ces deux autorités exercent ce

pouvoir réglementaire par décrets, il s'agit du Président de la République et du Premier ministre. Leurs actes doivent en principe être contresignés.

- **La compétence réglementaire du Président de la République et du Premier ministre**

Le Président de la République n'est pas le titulaire de droit commun du pouvoir réglementaire. Il ne possède qu'une compétence résiduelle qui lui est confiée par l'article 13 de la Constitution, selon lequel : « *Le Président de la République signe les décrets délibérés en conseil des ministres et les ordonnances de l'article 38.* » Sont concernés par l'article 13 tous les décrets pour autant qu'ils soient délibérés en conseil des ministres (50 par an environ). Ils relèvent de la compétence exclusive du Président. La délibération en conseil des ministres intervient lorsque la Constitution ou la loi ou une prescription réglementaire fixée elle-même en conseil des ministres le prévoit. Mais la délibération en conseil des ministres peut aussi résulter du fait que le décret soit délibéré en conseil des ministres.

Exemple

L'arrêt du CE, Ass., 10 sept 1992 Meyet (Rec., p. 327, concl. Kessler, AJDA 1992 p. 643, D. 1993 p. 293) consacre cette hypothèse. Cette pratique permet au Président, maître de l'ordre du jour, d'inscrire à la discussion en conseil des ministres diverses décisions.

« *Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 13 de la Constitution : "Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres" ; qu'aux termes de l'article 21 : "Le Premier ministre dirige l'action du gouvernement ... Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire" ; que les décrets attaqués ont été délibérés en conseil des ministres ; que, par suite, et alors même qu'aucun texte n'imposait cette délibération, ils devaient être signés, comme ils l'ont été, par le Président de la République.* ».

Cet arrêt revient sur une solution de 1987 (CE, 10 octobre 1987, Syndicat autonome des enseignants de médecine, Rec., p. 310) qui interprétait l'art 13 comme n'instituant la compétence du Président que dans les cas où la délibération en conseil des ministres était juridiquement prescrite.

Exemple

Décrets décidant de l'état de siège par ex., art. 36 ; décrets portant statut particuliers de certains corps de fonctionnaires définis par la loi du 11 janvier 1984.

Les pouvoirs du Président de la République en sont sortis renforcés et étendus, d'autant plus que l'arrêt Meyet est rendu en période de cohabitation.

Ainsi le Président peut provoquer l'inscription d'un projet de décret à l'ordre du jour du conseil des ministres. Il s'attribue ainsi une compétence en matière d'édiction des décrets réglementaires, mais aussi de nomination pour des décrets individuels.

Il conserve cette compétence pour modifier ces décrets ou les abroger et cela sans provoquer une nouvelle délibération du conseil des ministres (CE, 27 avril 1994, Epoux Allamigeon, Rec., p. 191, AJDA 1994, p. 904 note M.-T. Viel). Le domaine de compétence du Président de la République en matière de pouvoir réglementaire est donc susceptible d'être étendu durablement au détriment de celui du Premier ministre ; le Président a ainsi la compétence de sa propre compétence administrative.

Mais ce pouvoir n'est réellement important qu'en période de cohabitation et le Premier Ministre peut toujours refuser de contresigner le décret ; en période de fait majoritaire, la séparation des autorités est illusoire, d'autant plus que le Président peut rendre sa compétence au Premier Ministre, un décret en conseil des ministres peut disposer que la réglementation présidentielle intervenue pourra être abrogée ou modifiée par décret du Premier ministre ; le Président restitue alors sa compétence au Premier Ministre (CE, 9 septembre 1996, Collas, Rec., p. 247, solution confirmée par CE, 8 décembre 2000, Syndicat national des officiers de police).

Le Conseil d'Etat a apporté une précision en ce domaine ; ainsi, « *Il résulte de ces dispositions que les décrets doivent être signés par le Président de la République dès lors qu'ils ont été délibérés en conseil des ministres, même si aucun texte n'imposait cette délibération. Les dispositions créées ou modifiées par un tel décret ne peuvent, en principe, être ultérieurement modifiées que par décret délibéré en conseil des ministres. Il en va toutefois autrement soit lorsque ce décret prévoit qu'elles peuvent être modifiées par décret en Conseil d'Etat ou par décret simple, soit lorsque les dispositions ainsi créées ou modifiées par ce décret sont codifiées dans des conditions qui manifestent qu'elles relèvent du décret en Conseil d'Etat ou du décret simple. Ainsi, pour le cas d'un code dont les articles identifiés par un « R. » ou un « D. » signifient que leurs dispositions relèvent, respectivement, du décret en Conseil d'Etat ou du décret simple et dont les articles identifiés par un « R* » et « D* » signifient qu'elles relèvent de décrets, en Conseil d'Etat ou simple, délibérés en conseil des ministres,*

les dispositions des articles identifiés par un « R. » ou « D. » peuvent être modifiées par un décret non délibéré en conseil des ministres alors même qu'elle ont été créées ou modifiées par un décret ainsi délibéré. » (CE, 5 fév. 2024, n° 470962, Association des centres de lavage indépendants).

De plus le Président disposait du pouvoir réglementaire autonome en matière de mesures de polices applicables sur le territoire (CE, 8 août 1919, Labonne, voir *supra*), pouvoir réglementaire exercé en vue d'assurer la continuité de l'Etat et la sécurité publique désormais attribué au Premier ministre.

Le Premier Ministre, quant à lui, dispose d'une compétence de principe sous réserve des dispositions de l'article 13. Il exerce donc en principe le pouvoir réglementaire. C'est lui qui édicte la plus grande part des décrets réglementaires (sauf ceux délibérés en conseil des ministres donc).

Les actes du Président de la République et ceux du Premier ministre doivent généralement être contresignés par certains ministres. Il s'agit des ministres responsables dans le premier cas (article 19 de la Constitution) et des ministres chargés de l'exécution de l'acte dans le second cas (article 22 de la Constitution). Le contreseing est requis sauf exception et quel que soit l'objet ou la nature de l'acte en cause. Cette règle n'englobe pas seulement les décrets présidentiels ou du Premier ministre mais aussi les actes des ministres (CE, 31 décembre 1976, Comité de défense des riverains de l'aéroport de Paris-Nord, *D.* 1977 p. 313, note Moderne). Le contreseing doit apparaître dans l'acte lui-même (CE, 2 juillet 1965, Syndicat national des parcs automobiles, Rec., p. 397).

Les règles de contreseing constituent des règles de forme relatives à la procédure d'élaboration de l'acte, elles ne modifient pas l'ordre des compétences ; les contresignataires ne sont pas les coauteurs de l'acte avec le signataire de celui-ci. La jurisprudence ne considère donc pas comme un moyen d'incompétence la méconnaissance des règles du contreseing ; elle l'analyse comme un vice de forme (CE, 12 juillet 1957, Chambre de commerce d'Orléans, Rec., p. 474 ; CE, 2 juillet 1982, Huglo, *AJDA* 1982 p. 657, concl. Biancarelli).

- S'agissant du contreseing des actes administratifs du Président de la République.

Aux termes de l'article 19 de la Constitution, les actes du Président, autres que ceux qui résultent de ses pouvoirs propres (art 8, 11, 12, 16 18, 54 56 et 61) sont contresignés par le Premier Ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables. Les actes dispensés du contreseing sont des actes plus politiques qu'administratifs : nomination du Premier ministre, décision de soumettre un projet de loi à référendum, dissolution de l'Assemblée Nationale, décision de mettre en application l'article 16, messages aux chambres, saisine du Conseil constitutionnel, nomination de 3 membres du Conseil. Certains de ces actes entrent dans la catégorie des actes de gouvernement.

Exemple

Ainsi, par exemple, les actes prévus à l'article 11 de la Constitution (référendum législatif) sont insusceptibles de recours devant le juge administratif (CE, 19 octobre 1962, Brocas, Rec., p. 553, *RDJ* 1962 p. 1181 concl. Bernard, *AJDA* 1962 p. 612 chron. de Laubadère. Mais tous les autres actes du Président doivent être signés par le Premier ministre et le cas échéant (parfois seul le Premier ministre est compétent) par les ministres responsables, c'est-à-dire « *ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des actes en cause* » (CE, 10 juin 1966, Pelon et autres, *AJDA* 1966 p. 492, concl. Galabert).

Ce contreseing a pour objet et pour conséquence de faire endosser la responsabilité politique de l'acte par les ministres contresignataires, qui en répondront devant le Parlement puisqu'en régime parlementaire traditionnel, le Président est irresponsable politiquement.

- S'agissant du contreseing des actes du Premier Ministre.

Aux termes de l'article 22, les actes du Premier Ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution (il existe des hypothèses où c'est au Premier Ministre seul que revient l'édiction des mesures d'exécution).

Les ministres chargés de l'exécution sont ceux qui ont « *compétence pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles qui comportent nécessairement l'exécution du décret* » :

Exemple

CE, 27 avril 1962, Sicard, Rec. p. 279 ; CE, 25 janvier 1963, Lemaesquier, *D.* 1963 p. 333 concl. Kahn ; CE, 8 juillet 1994, Tête, Rec. p. 353, *AJDA* 1994 p. 694 ; CE, 18 février 1994, Archambault de Beaune, *DA* 1994 n° 173.

Si le décret du Premier Ministre est également revêtu de la signature du Président malgré son incompétence (au sens où le texte n'a pas été délibéré en conseil des ministres), il a été jugé que le contreseing du Premier ministre suffisait à régulariser l'acte litigieux (CE, 27 avril 1962, Sicard et autres, Rec., p. 279, *AJDA* 1962 chron. p. 284). Le décret réglementaire s'analyse alors en un acte du Premier Ministre, autorité exclusivement compétente en la matière, il a seulement la particularité de comporter la cosignature du Président de la République. Il doit être contresigné le cas échéant par les ministres chargés de leur exécution. Le nombre de décrets indûment signés par le Premier Ministre n'est pas négligeable.

Les ministres délégués autonomes et les secrétaires d'Etat autonomes sont soumis à ces règles relatives au contreseing, en fonction des affaires entrant dans leurs attributions. Mais pour les ministres délégués auprès d'un ministre et les secrétaires d'Etat rattachés à un ministre, le contreseing du ministre dont ils relèvent suffit (CE, 8 juillet 1988, Union nationale des syndicats de médecins des hôpitaux de Paris, Rec., p. 281).

• **La compétence réglementaire des ministres**

Le principe est que les ministres ne disposent pas du pouvoir réglementaire. Cependant ce principe connaît un certain nombre d'atténuations.

- **Le refus d'un pouvoir réglementaire au profit des ministres.**

Les ministres ne peuvent pas en principe imposer des prescriptions réglementaires aux administrés. Ceci résulte d'un argument constitutionnel textuel a contrario. En effet, si la Constitution consacre explicitement le pouvoir réglementaire du Premier Ministre et du Président de la République, elle ne dit absolument rien du pouvoir réglementaire des ministres. Elle mentionne le contreseing des ministres qui souligne simplement que les ministres endossent la responsabilité politique de l'acte réglementaire et qu'ils veillent à l'exécution de l'acte, cela ne signifie pas qu'ils détiennent un pouvoir réglementaire.

Cette situation résulte aussi d'un argument de fait : si les différents ministres disposaient, chacun dans leur département ministériel, du pouvoir de prendre des décisions à caractère général et impersonnel, on aboutirait très vite à des décalages entre les réglementations des différents secteurs et à une véritable cacophonie ministérielle. Le Conseil d'Etat a toujours refusé de reconnaître aux ministres un tel pouvoir général (CE, 23 mai 1969, Société Distillerie Brabant, Rec., p. 264, concl. Questiaux). Cependant, il peut sembler illogique de conférer un tel pouvoir aux préfets dans le cadre de la déconcentration et de la refuser aux ministres ; on a cherché à contourner le principe.

- **Les atténuations au principe.**

Elles sont traditionnellement au nombre de deux : l'habilitation textuelle et l'action du ministre en tant que chef de service.

S'agissant de **l'habilitation textuelle** : un texte peut conférer un pouvoir réglementaire limité au Ministre pour que celui-ci prenne, dans un domaine déterminé, des mesures de caractère général et impersonnel. Il peut s'agir d'une loi ou d'un simple décret qui lui confère ainsi un tel pouvoir. Le ministre peut être invité à agir de manière expresse ou tacite, la seule condition exigée par la jurisprudence étant que le texte doit être suffisamment précis pour être interprété comme conférant un tel pouvoir.

Exemple

CE, 30 juillet 1997, Boudin, *RFDA* 1997 p. 1100, pour une interprétation large.

Il faudra alors vérifier que le ministre ne dépasse pas le cadre de l'habilitation conférée.

Exemple

Une telle habilitation a par exemple longtemps existé pour le ministre de l'économie et des finances en matière de réglementation des prix (CE, 23 octobre 1964, Fédération des syndicats chrétiens des cheminots, Rec., p. 484).

S'agissant du **ministre agissant comme chef de service** : en dehors de toute habilitation législative, le Ministre peut agir en sa qualité de chef de service et prendre, à ce titre, les mesures nécessaires à l'organisation interne du service et nécessaires au bon fonctionnement des services placés sous son autorité (CE, Sect., 7 février 1936, Jamart, S. 1937 III p. 113, note Rivero). Certaines mesures peuvent ne viser que les agents et collaborateurs du service (réglementation du droit de grève), ou les usagers du service. Ces mesures doivent évidemment respecter la hiérarchie des normes et ne modifient pas le jeu traditionnel de la répartition des compétences. Le ministre peut également prendre des circulaires et instructions de services.

Exemple

Arrêt Jamart de 1936 (extraits).

« Vu la requête et le mémoire présentés par le sieur X... Charles-Emile, docteur en médecine, demeurant à Paris 6^{ème} rue d'Assas n° 22, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat les 19 et 24 octobre 1934 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision en date du 7 septembre 1934 par laquelle le Ministre des Pensions lui a interdit l'accès des centres de réforme ; Vu les lois des 31 mars 1919, 30 novembre 1892, 21 avril 1933 ; 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ; le décret du 2 septembre 1919 ;

Considérant que si, 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, et s'ils peuvent notamment, dans la mesure où l'exige l'intérêt du service, interdire l'accès des locaux qui y sont affectés aux personnes dont la présence serait susceptible de troubler le fonctionnement régulier dudit service, ils ne sauraient cependant, sauf dans des conditions exceptionnelles, prononcer, par une décision nominative, une interdiction de cette nature contre les personnes qui sont appelées à pénétrer dans les locaux affectés au service pour l'exercice de leur profession ; Considérant qu'il résulte de l'instruction que les lettres adressées par le sieur X... au ministre des Pensions, quel qu'ait été leur caractère regrettable, ne contenaient pas de menace précise de nature à troubler le fonctionnement du centre de réforme de Paris où le requérant, docteur en médecine, était appelé à pénétrer pour assister, en vertu de l'article 9 paragraphe 5 de la loi du 31 mars 1919, les anciens militaires bénéficiaires de ladite loi ; que, par suite, en lui interdisant, d'ailleurs sans limitation de durée, l'accès de tous les centres de réforme, le ministre des Pensions a excédé ses pouvoirs. »

Il existe un cas exceptionnel : le pouvoir réglementaire autonome du Ministre de la Défense.

Exemple

Cette situation résulte d'un arrêt CE, Ass., 3 mars 2004, Association Liberté, information santé (AJDA 2004, p. 971). Compte tenu des impératifs propres à l'organisation de la défense nationale, le ministre de la défense dispose d'un pouvoir réglementaire extraordinaire à l'égard des militaires. En l'espèce, une instruction du ministre de la défense rendait obligatoire pour l'ensemble des militaires un certain nombre de vaccinations ; c'est sans méconnaître sa compétence que le ministre de la défense, responsable de l'emploi des militaires placés sous son autorité et du maintien de l'aptitude de ces derniers aux missions qui peuvent à tout moment leur être confiées, a édicté ces dispositions qui sont directement liées aux risques et exigences spécifiques de la fonction militaire. Ce n'est pas l'amorce d'une conception nouvelle du pouvoir réglementaire des ministres.

b) Les titulaires spécifiques de la compétence réglementaire

Il existe trois situations spécifiques : le pouvoir réglementaire des Autorités indépendantes, celui des personnes privées gérant un service public et le pouvoir réglementaire local.

- **Le pouvoir réglementaire des Autorités indépendantes et de certaines autorités nationales**

Les autorités administratives ou publiques indépendantes peuvent disposer d'un certain pouvoir réglementaire. Ce sont des autorités originales dotées d'un statut particulier. Leur singularité réside dans leur autonomie par rapport au système hiérarchique qui régit l'administration centrale et dans la variété des pouvoirs dont elles disposent (possibilité d'édicter des décisions exécutoires, d'infliger des sanctions). Certaines ont la personnalité morale (autorités publiques indépendantes), d'autres ne l'ont pas (autorités administratives indépendantes) mais toutes bénéficient d'un budget spécifique leur permettant une certaine autonomie de gestion. Elles ont été mises en place dans des domaines sensibles communication, informatique, concurrence, marché financier.

Cependant, ce pouvoir n'est pas plus étendu que le pouvoir réglementaire des ministres.

Exemple

Le Conseil constitutionnel a très clairement admis que le législateur pouvait diversifier les titulaires du pouvoir réglementaire, dans une décision du 18 septembre 1986 : « *L'article 21 confère au Premier ministre l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national, mais il ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autre autorité de l'Etat le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements des normes permettant de mettre en œuvre une loi* ». Le Conseil constitutionnel sera encore plus exigeant dans sa décision CSA du 17 janvier 1989.

L'article 21 n'exclut pas la compétence réglementaire des Autorités indépendantes, à condition que l'habilitation qui leur est conférée ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu (voir, CC, décision, n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques, à propos de l'ART). Cette compétence réglementaire est alors résiduelle et par ce pouvoir réglementaire spécial, l'Autorité indépendante ne peut assujettir le pouvoir réglementaire général du Premier Ministre.

Cette limite vaut également pour des institutions qui ne sont pas des Autorités indépendantes :

Exemple

pouvoir réglementaire confié à l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (CC, 12 août 2004, Loi relative à l'assurance maladie) ; pouvoir réglementaire du Conseil national des barreaux (CE, 17 novembre 2004, Société d'exercice libéral LANDWELL et associés, n° 268075). Le CNB dispose bien d'un pouvoir réglementaire subsidiaire, accordé par le législateur, par rapport à l'encadrement de la profession d'avocat (CE, 29 janvier 2018, Conférence des bâtonniers, n° 403101).

CE, 17 novembre 2004, Soc. Landwell (extrait).

« Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que le Conseil national des barreaux dispose d'un pouvoir réglementaire ; que ce pouvoir s'exerce, en vue d'unifier les règles et usages des barreaux, dans le cadre des lois et règlements qui régissent la profession ; que, toutefois, il trouve sa limite dans les droits et libertés qui appartiennent aux avocats et dans les règles essentielles de l'exercice de la profession ; que, dès lors, si le Conseil national des barreaux peut, le cas échéant, imposer à l'ensemble des barreaux une règle qui n'est appliquée que par certains d'entre eux, voire, dans les mêmes matières, élaborer une règle différente, il ne peut légalement fixer des prescriptions qui mettent en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent et qui n'auraient aucun fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'Etat prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, ou ne seraient pas une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession ; »

• Le pouvoir réglementaire des personnes privées gérant un service public

Des personnes privées peuvent gérer des services publics administratifs (SPA) ou des services publics industriels et commerciaux (SPIC).

Exemple

C'est le cas des ordres professionnels, des fédérations sportives ou des sociétés gérant un service public. Les ordres professionnels élaborent, par exemple, des codes de déontologie définissant les droits et les devoirs des membres des professions organisées.

Par exemple, les ordres professionnels gérant des SPA, c'est-à-dire des services publics à gestion publique, peuvent édicter des actes administratifs (CE, 31 juillet 1942, Monpeurt ; CE, Sect., 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport, n° 89828).

Le Conseil d'Etat pose un principe : les personnes privées peuvent édicter des décisions administratives dès lors qu'elles gèrent un service public administratif et disposent à ce titre de prérogatives de puissance publique. Des personnes privées gérant des SPIC, services publics à gestion privée, peuvent édicter des actes réglementaires relatifs à l'organisation du service public.

Exemple

TC, 15 janvier 1968, Cie Air-France c/ époux Barbier, Rec., p. 789, concl. Kahn ; TC, 11 janvier 2016, Comité d'établissement de l'unité clients et fournisseurs Ile-de-France des sociétés ERDF et GRDF, n° 4038). Selon la décision de 2016, « *le juge administratif a compétence pour apprécier la légalité d'une décision touchant à l'organisation du service lui-même et non à la seule organisation interne de la société chargée de le gérer* ».

c) Le pouvoir réglementaire des autorités locales

Les autorités locales ont le pouvoir de prendre des décisions à caractère général et impersonnel dans le respect des textes. C'est le cas du maire, du préfet ou du recteur d'une académie. Le Conseil d'Etat a rappelé que le pouvoir réglementaire du préfet est attribué par un texte (CE, 27 novembre 1995, Association départementale des pupilles de l'enseignement public du Gard, Rec., p. 618).

Le pouvoir réglementaire local a simplement une compétence résiduelle. En effet, c'est la loi qui met en œuvre le principe de liberté des collectivités locales et le pouvoir réglementaire national le précise. Le pouvoir réglementaire local autonome s'exercerait alors si le pouvoir réglementaire national n'est pas intervenu ou en complément (CE, 5 octobre 1998, Commune de Lonjumeau, LPA 1999 n° 94). La collectivité territoriale ne peut intervenir directement que si la loi est suffisamment précise, et un décret peut toujours intervenir ensuite (CE, Ass., 2 décembre 1994, Préfet de la région Nord Pas de Calais, Rec., p. 522).

Exemple

Dans sa décision n° [2001-454 DC](#) du 17 janvier 2002 sur la loi relative à la Corse, le Conseil constitutionnel a considéré, pour la première fois, que le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales avait pour **fondement** le deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution, posant le principe de leur **libre administration**, et non les seuls articles 13 et 21, relatifs au pouvoir réglementaire national.

La révision constitutionnelle n° 2003-276 de mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République reconnaît l'existence d'un pouvoir réglementaire au profit des collectivités locales (art. [72](#) al. 3) : « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.* »

Ce pouvoir ne s'exerce que dans le cadre déterminé par la loi et pour la mise en œuvre des compétences attribuées par la loi aux collectivités. Par ailleurs, une collectivité territoriale peut être habilitée à déroger à titre expérimental à un décret. Le **quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution** permet à l'ensemble des **collectivités territoriales** de la République et à leurs **groupements** de demander à être habilités, par un règlement et non par la loi, à **déroger à titre expérimental aux dispositions réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences**.

La [loi du 21 février 2022, dite Loi 3DS](#), permet à un conseil départemental ou à un conseil régional de présenter des propositions tendant à modifier ou à adapter des dispositions législatives ou réglementaires, en vigueur ou en cours d'élaboration, concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement d'un département ou d'une région.

Toutes les sources qui viennent d'être étudiées sont des sources écrites. Il existe cependant, en droit administratif, des sources non-écrites, qui sont des sources jurisprudentielles.

Section 3 : Les sources jurisprudentielles : les principes généraux du droit

Il convient de distinguer nettement deux aspects de la source jurisprudentielle : d'une part, la jurisprudence proprement dite, c'est-à-dire les solutions dégagées par le juge et qui répondent à un litige concret ; d'autre part, la source jurisprudentielle par excellence du droit administratif, les principes généraux du droit (PGD). Pour une partie de la doctrine, cette source de la légalité serait en train de se tarir, la mutation des sources du droit administratif, en particulier l'augmentation des sources législatives et réglementaires ou encore européennes, entraînerait une mutation du rôle du juge, et une perte de son pouvoir créateur.

Les principes généraux du droit constituent une source de la légalité à part entière ; il s'agit d'une notion complexe (§1), qui bénéficie d'un régime juridique spécifique (§2).

§1 : Une notion complexe

La définition du PGD n'est pas toujours facile à donner. Il s'agit de principes non écrits ; ils sont dégagés par la jurisprudence, formulés par le juge administratif. Le respect de ces principes s'impose à l'ensemble des autorités administratives. Il paraît alors utile de déterminer l'origine des PGD, avant d'examiner leur contenu.

A - L'origine des PGD

Même si la distinction paraît quelque peu artificielle, il est possible de déterminer l'origine historique des principes généraux du droit, avant de déterminer leur origine juridique.

1. L'origine historique des PGD

L'on peut sans doute affirmer que l'apparition des PGD date des années 1944-1945, après la Seconde guerre mondiale ; ils seraient donc liés à une époque très troublée, dans un contexte politique et historique précis. Le concept même de PGD est connu du juge avant cette période. La première référence y aurait été faite par le Tribunal des conflits, dans une décision du 8 février 1873, Dugave et Bransiet ; l'expression y figure en effet, mais la décision reste isolée. Cependant, plusieurs principes généraux auraient été découverts par le juge administratif au début du XX^e siècle : ainsi de l'arrêt Roubeau (CE, 9 mai 1913) qui se réfère à l'égalité des citoyens devant la loi ; certains arrêts, rendus vers 1918, se réfèrent à la non-rétroactivité des actes administratifs. Mais dans ces différentes hypothèses, force est de constater que le juge ne leur donne pas une véritable autonomie. Si ces principes fondent clairement à l'époque certaines solutions du juge administratif, il est rare que le Conseil d'Etat cite expressément et individualise en quelque sorte le principe en question. C'est donc par deux arrêts du Conseil d'Etat que la notion s'autonomise.

Exemple

Dans l'arrêt Dame Veuve Tromprier-Gravier (CE, 5 mai 1944), le juge pose le principe du respect des droits de la défense à l'occasion du retrait, par l'autorité administrative, de l'autorisation dont bénéficiait une commerçante pour exploiter, sur le domaine public, un kiosque à journaux, le retrait de cette autorisation constituant, pour l'intéressée, une sanction.

Mais c'est surtout dans l'arrêt Aramu (CE, Ass., 26 octobre 1945), que le Conseil d'Etat fait référence, pour la première fois, aux principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, et spécifiquement au principe du respect des droits de la défense. Il s'agissait dans cette affaire d'une mesure de révocation, prononcée en 1944 par le Comité français de libération nationale dans le cadre de ce que l'on a appelé « l'épuration ».

Arrêt Aramu (extraits).

« Vu la requête présentée pour le sieur Aramu (Gaston), précédemment commissaire de police à Bordj-Bou-Arréridj..., tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler le décret du Comité français de la libération nationale, en date du 4 mai 1944, par lequel le requérant a été révoqué de ses fonctions sans pension ni indemnité ;

Vu les ordonnances des 3 juin et 6 déc. 1943 et 31 juill. 1945 ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Cons. qu'en disposant que les sanctions énoncées dans l'ordonnance du 6 déc. 1943 susvisée peuvent être prises « nonobstant toutes dispositions législatives, réglementaires, statutaires ou contractuelles », l'art. 6 de cette ordonnance a entendu dispenser en principe les autorités qui prennent de telles décisions de l'accomplissement des formalités préalables aux sanctions ordinaires ; que ladite ordonnance a prévu la comparution des intéressés devant une commission spéciale, dont elle détermine la composition et la procédure ; que, parmi les formalités comprises dans cette procédure, ne figure pas l'obligation pour l'autorité qualifiée de donner à l'agent intéressé communication de son dossier ;

Mais cons. qu'aux termes de l'art. 2, alin. 5, de cette ordonnance, la commission d'épuration « entend les personnes qui lui sont déférées », qu'elle peut du reste « valablement déléguer à cet effet ses pouvoirs à l'un de ses membres, ou donner commission rogatoire à des officiers de police judiciaire ou à des magistrats choisis sur une liste dressée par arrêté du commissaire à la Justice » ; que « ces magistrats, ainsi que les membres de la commission, peuvent être assistés de greffiers désignés de la même façon » ; **qu'il résulte de ces prescriptions, ainsi d'ailleurs que des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut à ce titre être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense ; qu'il doit, par suite, au préalable, recevoir connaissance, sinon du texte même du rapport établi ou de la plainte déposée contre lui, du moins de l'essentiel des griefs qui y sont contenus, de manière à être en état de formuler à ce sujet toutes observations qu'il juge nécessaires, soit devant la commission elle-même, soit devant le délégué de celle-ci ;**

Cons. qu'il est constant que le décret contesté a été pris sans que les faits reprochés au sieur Aramu aient été portés au préalable à sa connaissance et sans qu'il ait été ainsi mis à même de saisir l'autorité compétente de ses observations sur leur exactitude et sur leur portée ; qu'ayant appris par ses propres moyens que la commission d'épuration avait fait procéder sur son compte à une enquête et soumis à l'autorité compétente des propositions de sanction, le requérant a vainement, le 25 avr. 1944, demandé du gouverneur général de l'Algérie et au commissaire à l'Intérieur de régulariser la procédure quant aux droits de la défense : qu'il est fondé à soutenir que la privation de ces garanties a entaché d'excès de pouvoir le décret attaqué ; ... (Décret annulé). »

La formalisation de tels principes date donc bien de l'arrêt Aramu. L'origine juridique de ces principes a suscité nombre d'interrogations.

2. L'origine juridique des PGD

La question est de déterminer l'origine immédiate de ces principes : qui les formule, quel est le processus d'élaboration ? L'idée majoritairement admise est que le juge les formule, il les constate mais il ne les créerait pas lui-même. Il se contenterait donc de les faire apparaître à la vie juridique, il leur donnerait un contenu. Le juge formulerait ainsi un principe pour, par exemple, combler une lacune juridique. Le juge ne ferait que les révéler, car ils existeraient auparavant... ce serait alors limiter en ce domaine le pouvoir créateur du juge. Il semble qu'il faille admettre que c'est bien le juge administratif qui est le véritable auteur de ces principes, et c'est alors reconnaître au juge un véritable pouvoir créateur, un pouvoir normatif.

Benoît Jeanneau, auteur d'une thèse ancienne sur les principes généraux du droit, retenait quatre mécanismes possibles de création des PGD : le premier serait, de la part du juge, une généralisation à partir de plusieurs textes concordants ; le deuxième serait un principe dégagé de l'esprit d'un texte ou d'un ensemble de textes (le juge recherche ici l'intention présumée du législateur, sans que celui-ci ait expressément formulé la règle et B. Jeanneau citait le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée) ; la troisième possibilité serait de dégager un principe de l'essence d'une institution ou de la nature des choses (et l'auteur de citer le principe de spécialité des établissements publics, règle de technique juridique propre à une institution déterminée) ; enfin, le juge pourrait dégager des principes qui représenteraient le produit des aspirations latentes qui se partagent la conscience nationale (ce qui reconnaîtrait au juge une marge de manœuvre considérable pour consacrer des principes).

Il serait, en théorie, possible d'évoquer le rôle créateur du juge administratif, en le comparant à la démarche suivie par le Conseil constitutionnel pour dégager des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR, voir *supra*). Cependant, le Conseil constitutionnel se réfère à un ensemble de textes identifiables, même s'ils ne sont pas toujours parfaitement identifiés ; il en dégage un principe dont il impose ensuite le respect au législateur. Le juge administratif peut se référer à des textes ou à l'esprit des textes, il en dégage un principe dont il impose le respect aux autorités administratives. La grande différence réside dans le fait que, si le Conseil constitutionnel a pris la peine d'expliquer et de préciser la méthode de constatation des PFRLR, le juge administratif n'a donné aucun élément permettant de déterminer la méthode qu'il suit pour dégager un PGD. Ainsi, par exemple, jamais le juge administratif ne s'est limité à certaines dates pour les textes qu'il est susceptible d'utiliser pour fonder un PGD. Le juge administratif estime utile, à un moment donné, de dégager un principe qui apparaît nécessaire pour trancher un litige et apporter une réponse. Le principe serait en quelque sorte le reflet de l'état de la conscience collective à un moment donné.

B - Le contenu des Principes généraux du droit

Il est impossible de donner une liste complète des principes généraux du droit qui existent aujourd'hui tant ils sont nombreux et variés, même si le rythme de création de ces principes s'est ralenti depuis deux ou trois décennies. Ces principes bénéficient d'une certaine permanence, en ce sens que le juge ne semble pas, une fois qu'ils sont été consacrés, les remettre en cause. Il est possible de regrouper ces principes autour de quelques grandes idées, avant d'envisager le cas du refus par le juge de consacrer de tels principes.

1. La consécration de principes généraux divers

Exemple

- Les principes fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine (CE, Ass., 2 juillet 1993, Milhaud, *RFDA* 1993, p. 1102, concl. Kessler), notamment de sa dignité ;
- L'égalité des citoyens sous ses différents aspects : devant les charges publiques (CE, Ass., 30 juin 1995, Gouvernement du Territoire de la Polynésie française, *Rec.*, p. 280), devant les services (CE, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire...)
- La liberté des citoyens sous ses formes les plus variées : du domicile (CE, 17 décembre 1948, Azoulay, *Rec.*, p. 474), d'accéder aux activités sportives (CE, Sect., 16 mars 1994, Broadie, *Rec.*, p. 118) ; la liberté contractuelle (CE, 20 janvier 1989, Société GBA Berry-Loire, *Rec.*, p. 26) ;
- Le respect des droits de la défense (CE, 30 avril 1997, Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale, *RFDA* 1997, p. 474, concl. Maugué), que l'on peut relier avec les principes généraux du droit de la procédure administrative non contentieuse : droit de présenter utilement sa défense avant toute mesure prise en considération de la personne (arrêt Dame Veuve Trompier-Gravier, précité), y

compris lorsqu'il s'agit d'un avertissement infligé à un magistrat, l'avertissement ne constituant pas une sanction disciplinaire (CE, 3 octobre 2018, Squercioni, Rec., p. 533) ; impossibilité de prononcer, à titre de sanctions administratives, des condamnations pécuniaires au sein des entreprises publiques (CE, Ass., 1^{er} juillet 1988, Billard et Volle, Rec., p. 267).

- On notera un certain nombre de PGD dans la procédure contentieuse : le caractère contradictoire de la procédure (CE, Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, Rec., p. 371) ; principe de l'ouverture du recours en cassation aux seules parties à l'instance (CE, 14 mars 1997, SA Pont-à-Mousson, LPA 1998, n° 97, p. 10, concl. Bergeal), le principe de la publicité des débats judiciaires (CE, Ass., 4 octobre 1974, David, Rec., p. 464, concl. Gentot) ;
- Il existe des principes généraux du droit qui assurent aux citoyens des garanties dans leurs rapports avec les pouvoirs publics : principe de l'impartialité de l'administration au sens large (CE, Ass., 3 décembre 1999, Didier, AJDA 2000, p. 584, concl. Seban) ; principe de l'impartialité des jurys de concours (CE, Sect., 18 juillet 2008, Mme Baysse, AJDA 2008, p. 2124, concl. Aguila, confirmé par CE, 7 juin 2017, Mme Vetillard, Rec., p. 445, un assouplissement étant possible s'il existe peu de spécialistes de la matière : CE, 12 juin 2019, Faille, Rec., p. 543) ; principe de non-rétroactivité des actes administratifs (CE, 25 juin 1948, Société du Journal L'Aurore) ; principe selon lequel une autorité administrative ne peut sanctionner deux fois la même personne à raison des mêmes faits (CE, 30 décembre 2016, Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, Rec., p. 578) ; principe obligeant l'autorité administrative à publier dans un délai raisonnable les règlements qu'elle édicte (CE, 13 décembre 2003, Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police nationale, Rec., p. 506) ; principe selon lequel tout acte administratif peut être soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir (CE, 17 février 1950, Dame Lamotte) ; principe selon lequel l'obligation légale faite aux exploitants de remettre en état les sites ayant accueilli une installation classée se prescrit par trente ans (CE, Ass., 8 juillet 2005, Société Alusisse-Lonza-France, Rec., p. 311) ;
- Il est important de noter que le principe de confiance légitime n'est consacré par le Conseil d'Etat qu'au titre des mesures de mise en œuvre du droit de l'Union (CE, Ass., 5 mars 1999, Rouquette, Rec., p. 37).
- Le principe de précaution peut être utilisé en matière de santé publique mais pas en matière d'autorisations d'urbanisme (CE, 23 novembre 2005, Ville de Nice, Rec., p. 1110), il est désormais consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement.
- On peut également citer les principes généraux du droit relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics : le principe de neutralité des personnes publiques (CE, Ass., 9 novembre 2016, Commune de Melun), de l'indépendance des inspecteurs du travail (CE, 9 octobre 1996, Union nationale CGT des affaires sociales, RDP 1997, p. 894, concl. Maugüé), de l'enrichissement sans cause (CE, 14 avril 1961, Société Sud-Aviation, RDP 1961, p. 655, concl. Heumann), principe selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas (CE, Sect., 19 mars 1971, Mergui, Rec., p. 235) ; principe selon lequel une personne publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé (CE, 25 novembre 2009, Commune de Mer, Rec., p. 472)... ;
- On donnera des exemples de principes généraux du droit utilisés par le juge en matière de droits et d'obligations des agents des services publics : principe interdisant les discriminations entre les agents d'un même corps (CE, Sect., 26 octobre 1979, Millan, Rec., p. 396) ; interdisant de licencier une salariée en état de grossesse (CE, Ass., 8 juin 1973, Dame Peynet, Rec., p. 406, concl. Grevisse) ; principe imposant de verser à un agent public une rémunération minimum au moins égale au SMIC (CE, Sect., 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Aragnou, Rec., p. 152, concl. Labetoulle) ; principe imposant à l'employeur, lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve, de manière définitive, atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, de reclasser ce salarié dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer son licenciement (CE, 2 octobre 2002, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle, Rec., p. 319) ; principe incombant à l'administration, avant de pouvoir prononcer le licenciement d'un agent contractuel recruté en vertu d'un contrat à durée indéterminée pour affecter un fonctionnaire sur l'emploi correspondant, de chercher à reclasser l'intéressé (CE, Sect., avis, 25 septembre 2013, Sallon) ; principe obligeant les collectivités publiques à garantir leurs agents des condamnations civiles prononcées contre eux à raison de leurs fautes de service (CE, 26 avril 1963, Centre hospitalier de Besançon, Rec., p. 243, concl. Chardeau) ; principe selon lequel le fonctionnaire stagiaire dont l'emploi est supprimé n' a pas de droit à se voir proposer un reclassement (CE, 5 octobre 2016, Communauté d'agglomération du Douaisis, Rec., p. 620). Plus récemment, le juge

a dégagé un principe général du droit du travail énoncé par l'article [L. 1121-1](#) du Code du travail, qui interdit à l'employeur d'« *apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*. » (CE, 4 janv. 2024, n° [466189](#), Comité social et économique central de l'Agence française de développement et autres).

- De très nombreux principes sont relatifs à l'organisation et au fonctionnement des juridictions et à la fonction de juger : principe d'impartialité des juridictions (CE, Sect., 12 octobre 2009, Petit, dont le juge précise parfois qu'il est rappelé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).
- Il existe aussi des principes généraux du droit plus sectoriels : principes généraux du droit applicables aux étrangers (principe selon lequel les étrangers résidant régulièrement en France ont le droit d'y mener une vie familiale normale, CE, Ass., 8 décembre 1978, GISTI, Rec., p. 493, concl. Dondoux ; principe de l'interdiction d'une extradition à des fins politiques, principe selon lequel l'extradition ne doit pas être accordée si le système judiciaire de l'Etat requérant ne respecte pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine (CE, Ass., 26 septembre 1984, Lujambio Galdenao, Rec., p. 308) ; les principes généraux du droit de la commande publique (principe de liberté d'accès à la commande publique, principe de loyauté des relations contractuelles...) ; le Conseil d'Etat invoque aussi les principes généraux du droit disciplinaire (CE, 29 mai 2020, Société Bozé-Michaux, n° [421569](#))...

Le juge peut cependant refuser de consacrer des principes généraux du droit.

2. Le refus du juge de consacrer certains principes généraux du droit

Ces multiples exemples montrent la diversité des principes que dégage le juge administratif. Il ne faut pas oublier cependant que ce même juge refuse également de consacrer certains principes généraux du droit, éventuellement invoqués par les requérants.

Exemple

Ainsi a-t-il refusé de consacrer le principe général du droit interdisant au président de la République de muter d'office dans l'intérêt du service les magistrats qui ne bénéficient pas de l'immovibilité (CE, 12 juin 2013, Courroye, Rec., p. 677), ou interdisant l'institution de critères de ressources en matière de droit aux prestations familiales (CE, Sect., 6 juin 1986, Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique), ou interdisant à une administration de conclure une transaction avec un de ses fonctionnaires pour mettre fin à un litige (CE, 5 juin 2019, Centre hospitalier de Sedan, Rec., p. 801), ou imposant à la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (la CADA) d'adresser une mise en demeure à la personne qui a réutilisé des informations publiques en violation des prescriptions de la loi préalablement au prononcé de la sanction qu'elles prévoient (CE, 27 juillet 2012, Société France Quick, Rec., p. 764), ou imposant de consulter les ordres professionnels des officiers publics et ministériels sur les textes relatifs à l'exercice de leurs missions (CE, 17 juin 2019, Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle, Rec., p. 517)...

Le refus exprimé par le juge de consacrer un principe général du droit peut cependant se trouver remis en cause du fait de l'évolution des lois ou des conventions internationales :

Exemple

ainsi le juge avait-il refusé de consacrer un PGD imposant la publicité des débats devant les juridictions disciplinaires (CE, Ass., 11 juillet 1984, Subrini, Rec., p. 259), mais il l'a finalement consacré du fait de l'interprétation désormais donnée de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, Ass., 14 février 1996, Maubleu, Rec., p. 35, concl. Sanson).

§2 : L'importance des principes généraux du droit

L'importance des PGD tient d'abord à leur autorité juridique (A), discutée pendant longtemps, mais elle tient aussi et surtout à la fonction des PGD (B), qui évolue nettement au cours du temps.

A - L'autorité des principes généraux du droit

Les principes généraux du droit constituent une source non écrite du droit et ne doivent donc pas être confondues avec des normes écrites, telles que, par exemple, les principes particulièrement nécessaires à notre temps.

Sous l'empire de la Constitution de 1946, l'on s'accordait en général pour reconnaître une valeur législative aux PGD. Mais, à la suite de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, l'on s'est demandé si ces principes n'avaient pas acquis une valeur constitutionnelle.

Exemple

Ce doute est venu de la rédaction de deux arrêts du Conseil d'Etat (CE, 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, Rec., p. 394 ; CE, 12 février 1960, Société Eky, Rec., p. 101). Le Conseil d'Etat, dans ces deux décisions, se réfère « *aux principes généraux du droit qui, résultant notamment du Préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives* ».

Il semble cependant que le juge détermine ici une source matérielle des principes, alors même que la source formelle reste le juge lui-même. Indiquer qu'un principe découle d'une norme constitutionnelle ne permet pas nécessairement de lui reconnaître une valeur constitutionnelle. Pour imposer le respect de tels principes aux autorités administratives, il suffit donc que la valeur juridique de ces principes soit plus élevée, mais il n'est pas besoin de leur reconnaître une valeur constitutionnelle ou même une valeur législative. La doctrine s'est alors accordée pour admettre que le PGD avait une valeur infra-législative et supra-décrétale ; il s'impose à tous les actes administratifs, y compris les plus élevés, les décrets (d'où la valeur supra-décrétale), mais il demeure inférieur à la loi, à laquelle il ne s'impose pas (infra-législative). Il s'applique ainsi aux ordonnances non ratifiées prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution (CE, 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de Province, *RFDA* 1996, p. 109, concl. Maugué).

La question était cependant pertinente, surtout depuis que le Conseil constitutionnel avait admis la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958 et des textes auxquels il fait référence. Il est désormais acquis que les principes généraux du droit qui correspondent à une règle énoncée dans ces textes ont une valeur constitutionnelle, dès lors qu'ils sont exprimés en termes suffisamment précis. Mais, en définitive, il convient de reconnaître que les principes généraux du droit dont le contenu est repris par le Conseil constitutionnel possèdent une valeur constitutionnelle, ce qu'admet le juge administratif, et ces principes s'imposent alors aux autorités administratives comme au législateur ; pour les principes généraux du droit qui n'ont en revanche pas de « double constitutionnel », donc qui n'ont pas été repris par le Conseil constitutionnel, ils demeurent des principes généraux du droit classiques, qui s'imposent donc seulement au pouvoir réglementaire. Il est vrai que le juge administratif indique parfois que le principe général du droit a une valeur législative parce qu'il découle directement d'une loi (CE, 28 mai 1982, Roger, Rec., p. 192). De même, le juge précise parfois qu'une disposition législative s'inspire de principes généraux du droit.

Exemple

CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, Rec., p. 479 (extrait).

« Il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché. »

De toute façon, ces principes s'imposent au pouvoir réglementaire, et il est admis que seule une loi peut autoriser le pouvoir réglementaire à déroger à un principe général du droit.

Si l'autorité des PGD, leur valeur juridique, ont fait débat, la fonction de ces principes a, elle, beaucoup évolué.

B - La fonction des principes généraux du droit

Si le juge administratif, à une époque donnée, a cru nécessaire de consacrer explicitement la notion de principe général du droit, si cette notion a ensuite été systématisée, c'est que de tels principes avaient un rôle à jouer dans l'ordre juridique. Si les principes ont eu une finalité libérale, leur fonction a notablement évolué par la suite.

1. Une finalité libérale

Le principe général du droit a pour fonction initiale de contribuer à protéger les libertés individuelles, les libertés au sens général du terme. Il est là pour leur assurer un certain nombre de garanties. Ainsi les principes classiques de liberté ou d'égalité correspondent bien à une telle fonction. Il en est de même pour tous les principes liés à la sécurité juridique, comme le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, ou encore comme le droit au recours. Il s'agit bien, en l'absence de textes suffisants, d'organiser une protection de l'individu face à l'administration. La notion de PGD et la fonction qui lui est assignée correspondent à la conception de notre système juridique, de notre société. Le PGD classique a ainsi souvent une assez grande généralité ; la formulation est conçue en des termes larges pour que le juge administratif ne se lie pas complètement. Ainsi, avant que la Déclaration de 1789 ne soit reconnue comme une source de la légalité à part entière et surtout à valeur constitutionnelle, le juge administratif n'hésitait pas à passer par un principe général du droit pour dégager une norme protectrice.

Plus largement, le principe général du droit a une vocation supplétive : il reconnaît un droit ou une garantie, ou il pose une norme quand il n'y en a pas.

Exemple

Tel est le cas par exemple en matière de protection fonctionnelle des élus locaux. Aucun texte ne prévoit de protection lorsque l'élu municipal est assigné devant les juridictions civiles ; c'est donc un principe général du droit qui s'applique, selon lequel *« lorsqu'un agent public est mis en cause par un tiers à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité publique dont il dépend de le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne lui est pas imputable »*. Le rapporteur public Laurent Cytermann (dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 8 juillet 2020, M. F..., n° [427002](#)), indique : *« vous avez toujours conçu ce PGD comme englobant les textes législatifs, qui ne font que le consacrer ou le réaffirmer selon les formules employées par votre jurisprudence, et non comme un principe supplétif qui s'appliquerait uniquement à défaut de texte législatif »*.

Le PGD de protection des agents publics (consacré par CE, Sect., 26 avril 1963, Centre hospitalier de Besançon, n° 42783) a été partiellement repris par la loi de 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique ; mais il sert encore puisqu'il a été étendu à des hypothèses que la loi ne couvre pas :

Exemple

ainsi, il a été étendu aux collaborateurs occasionnels du service public (CE, 13 janvier 2017, Fievet), aux agents non-titulaires de l'Etat recrutés à l'étranger (CE, 1^{er} février 2019, Ibrahimi, n° 421694).

De même, le rapporteur public Gilles Pellissier (dans ses conclusions sur CE, 26 février 2020, Mme N., n° [436176](#)), indiquait, s'agissant de l'extension d'un principe général du droit à certaines personnes en raison de la nature de leurs fonctions : *« une telle extension ne peut se faire que par le vecteur du principe général du droit, puisqu'il constitue le seul fondement de la protection pour les personnes qui n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions législatives (...). Bien que cette extension soit plus limitée dans son champ d'application matériel que celle résultant de vos décisions [antérieures], elle n'en correspond pas moins à l'une des fonctions des principes généraux du droit, qui est d'étendre le bénéfice de droits à des personnes qui, si elles n'entrent pas dans le cadre des dispositions législatives qui les reconnaissent, en méritent tout autant le bénéfice (les principes généraux du droit ont ainsi été le vecteur de l'extension aux contractuels d'un certain nombre de droits sociaux reconnus aux titulaires) »*. La fonction demeure libérale dans la mesure où il s'agit, pour le juge, de se fonder éventuellement sur une norme écrite, pour en dégager un principe général du droit applicable à des catégories de personnes non prévues par cette norme écrite.

2. L'évolution de la fonction des PGD

Elle se révèle au travers de plusieurs éléments :

- D'une part, le principe général du droit perd de sa généralité ; il devient plus limité dans sa formulation et dans sa portée ; il est alors souvent conçu comme une norme technique ;

Exemple

ainsi dans l'arrêt *Alusuisse-Lonza-France*, le juge pose le considérant suivant : « *Considérant, toutefois, que les principes dont s'inspire l'article 2262 du code civil font obstacle à ce que le préfet impose à l'exploitant, à son ayant-droit ou à la personne qui s'est substituée à lui la charge financière des mesures à prendre au titre de la remise en état d'un site lorsque plus de trente ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à la connaissance de l'administration, sauf dans le cas où les dangers ou inconvénients présentés par le site auraient été dissimulés.* »

Le moins que l'on puisse dire est que le principe ainsi dégagé ne brille pas par sa généralité... Mais le juge peut aussi se fonder sur un texte législatif pour dégager un principe qu'il estime formuler d'une manière plus claire et plus générale, le législateur n'hésitant pas alors à abroger la disposition législative initiale, en estimant que le principe général du droit formulé par le juge est mieux adapté. On peut prendre l'exemple de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 de simplification du droit, qui dispose : « *Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision* » ;

Exemple

le Conseil d'Etat, dans l'arrêt d'Assemblée, *Danthony* du 23 décembre 2011, précise : « *Considérant que l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 dispose que : « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision » ;*

Considérant que ces dispositions énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. »

Il dégage ainsi un principe général du droit, qui est différent de la garantie reconnue par la loi... Et l'article 51 de la loi n° [2018-727](#) du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance (ESSOC) abroge l'article 70 de la loi de 2011...

- D'autre part, le juge administratif a multiplié les principes généraux du droit sectoriels, applicables donc à un domaine précis : principes généraux du droit des concours, principes généraux du droit applicables aux réfugiés, principes généraux du droit disciplinaire ; il apparaît ainsi que ces principes n'interviennent que dans un champ défini et perdent de leur généralité, même s'ils protègent des droits individuels ou offrent des garanties.
- Enfin, le juge administratif a parfois utilisé de manière très contestable le principe général du droit pour des besoins de technique contentieuse. Le juge dégage alors un principe général du droit de manière artificielle, pour éviter une difficulté contentieuse et, par exemple, pour éviter d'avoir à invalider un décret illégal.

Exemple

Il a utilisé cette méthode dans un arrêt CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*. Etait en cause dans cette affaire une disposition du décret du 28 novembre 1983, qui imposait à l'autorité administrative d'abroger un règlement illégal dès l'origine ou devenu illégal par suite d'un changement de circonstances de droit ou de fait. Or, la jurisprudence antérieure à ce décret imposait, pour ce faire, que l'administré saisisse l'administration dans le délai de deux mois à compter de la parution du texte rendant l'acte initial illégal. Cette condition de délai n'est pas reprise dans le décret ? Or, un décret ne peut pas remettre en cause une jurisprudence. Cela implique que la disposition en cause du décret est illégale. Pour ne pas avoir à invalider la disposition, le Conseil d'Etat estime que l'article 3 du décret ne fait que s'inspirer d'un principe général du droit... que le juge administratif n'avait pourtant jusque-là jamais formulé, au contraire puisque les solutions jurisprudentielles imposaient un délai !

« *Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenu d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que*

l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ; qu'en se fondant sur les dispositions de l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, qui s'inspirent de ce principe, la Cie Alitalia a demandé le 2 août 1985 au Premier ministre d'abroger l'article 1^{er} du décret n° 67-604 du 27 juillet 1967, codifié à l'article 230 de l'annexe II au code général des impôts, et les articles 25 et 26 du décret n° 79-1163 du 29 décembre 1979, codifiés aux articles 236 et 238 de l'annexe II au code général des impôts au motif que leurs dispositions, pour le premier, ne seraient plus, en tout ou partie, compatibles avec les objectifs définis par la sixième directive du conseil des communautés européennes et, pour les seconds, seraient contraires à ces objectifs ».

Dans cet arrêt de 1989, le Conseil d'Etat estime donc que le décret de 1983 ne pose pas une norme nouvelle, puisqu'il s'inspire d'un principe général du droit... Le juge administratif avait déjà utilisé cette technique dans un arrêt CE, Ass., 1^{er} avril 1988, Bereciartua-Echarri, dans lequel il avait dégagé un principe général du droit pour éviter de renvoyer au Ministre des Affaires étrangères, à l'époque, la question de l'interprétation d'une disposition d'une convention internationale :

« Considérant que les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment de la définition précitée de la Convention de Genève, font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis, de quelque manière que ce soit, par un Etat qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays d'origine, sous la seule réserve des exceptions prévues pour des motifs de sécurité nationale par ladite convention. »

Les sources internes sont très diverses. Elles constituent, pour le juge administratif, autant de normes de référence pour qu'il exerce le plus complètement possible son contrôle de légalité. Il a su pallier, pendant un temps, l'absence de textes en dégagant des principes généraux du droit ; malgré le renouvellement des sources écrites et le nombre croissant de textes législatifs et réglementaires applicables en la matière, il conserve un pouvoir d'interprétation important.