

LA REGLE DE DROIT EN FRANCE

par

Maxime LETOURNEUR

Conseiller d'Etat

et

Roland DRAGO

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lille

SOMMAIRE

INTRODUCTION

TITRE Ier : Conception fondamentale et traditionnelle de la suprématie de la règle de droit.

CHAPITRE Ier : Contenu du principe.

Section I.

Suprématie de la Loi sur toutes les autres sources de droit

§ 1er : Loi et Constitution.

§ 2 : Suprématie de la Loi sur les autorités administratives, les autorités juridictionnelles, et les particuliers.

Section II.

Respect des droits individuels.

§ 1er : Les divers droits individuels.

§ 2 : La réglementation des droits individuels.

CHAPITRE II : Moyens d'assurer la suprématie de la règle de droit.

Section I.

Organisation et procédure juridictionnelles.

Section II.

Moyens judiciaires offerts aux particuliers.

TITRE II : La suprématie de la règle de droit, et la conception interventionniste de l'Etat, l'action positive des Services Publics.

(*) La version anglaise a été publiée sous le titre THE RULE OF LAW AS UNDERSTOOD IN FRANCE in American Journal of Comparative Law Vol. 7, No. 2, Spring 1958.

INTRODUCTION

L'expression "rule of law" peut être traduite littéralement: règne du droit ou, encore, en renonçant au mot à mot, pour lui donner une signification qui convienne mieux au droit français, suprématie de la règle de droit.

Ce principe peut évidemment signifier que, dans une société politique donnée, les rapports des individus entre eux et des individus avec l'Etat sont régis par des règles juridiques et non par la force. Mais une telle explication serait insuffisante, car elle montrerait simplement que des rapports juridiques sont substitués à des rapports de force. Quand on parle de *suprématie* de la règle de droit, on entend par là un principe général selon lequel, dans une société politique, l'Etat et ses démembrements, au même titre que les particuliers, sont soumis à la règle de droit. C'est dans cette soumission de l'Etat lui-même, dans son gouvernement et dans ses administrations, à la règle de droit que le principe trouve sa signification la plus substantielle. Sous un autre angle il signifie également que les particuliers ont des droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat et qui s'imposent au respect de l'Etat.

Une forme de société politique dans laquelle est assurée cette suprématie de la règle de droit s'oppose évidemment à une autre forme de société dans laquelle l'Etat serait, par définition, affranchi du respect de la règle de droit et où, par conséquent, les particuliers ne disposeraient d'aucune garantie contre ses abus.

Il apparait donc que la garantie des droits individuels est intimement unie à celle de suprématie de la règle de droit, ou mieux, qu'il ne s'agit que d'un autre aspect du même principe.

La question n'est pourtant pas définitivement tranchée, car il reste à définir ce qu'on doit entendre par règle de droit. On pourrait en donner une définition matérielle en considérant, après Duguit, qu'il s'agit de toute règle conforme à la solidarité humaine¹. "L'Etat, disait-il, est soumis à la règle de droit comme

1) L. Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901 Chapitre II, La règle de droit.

les individus eux-mêmes, la volonté des gouvernants n'est une volonté juridique, pouvant s'imposer par la contrainte que lorsqu'elle se manifeste dans les limites qui lui sont posées par la règle de droit".

Mais Duguit formule une règle de droit naturel qui, si elle a une portée philosophique certaine, n'est absolument pas conforme au droit positif français. Or il ne s'agit pas ici d'étudier la suprématie de la règle de droit dans l'absolu mais de la présenter telle qu'elle existe en 1957, en France, dans le cadre de nos institutions positives.

La limitation de l'Etat par le droit est assurée par ce qu'Hauriou appelait "le règne souverain de la loi" mais le terme de loi est entendu ici dans un sens formel: c'est l'acte régulièrement voté par le Parlement représentant de la souveraineté nationale¹.

Cette règle résulte de deux articles de la déclaration des droits de l'homme de 1789 qui fait partie du droit positif puisque ses principes ont été "réaffirmés solennellement" par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. D'après l'article 3 "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation." Et d'après l'article 6 "La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation".

Il s'agit évidemment d'un postulat, mais ce postulat est, en même temps, une garantie: la loi étant l'expression de la volonté générale est la règle de droit suprême puisque la Nation est souveraine; mais par ce moyen, la loi émanant des représentants du peuple, sera le meilleur moyen d'assurer et de garantir les droits individuels.

Nul mieux que Carré de Malberg n'a montré que cette su-

1) Il semble qu'on peut également prendre le terme de "law" dans cette acception en Angleterre. C'est le sens même de la phrase suivante de Locke: "The liberty of man, in society, is to be under another legislative power but that established, by consent, in the commonwealth, nor under the dominion of any will, or restraint or any law, but what that legislative shall enact according to the trust put in it."

prérogative reposait essentiellement sur des critères formels². "Dans l'assemblée des députés représentative de la Nation, les citoyens eux-mêmes, tous les citoyens, en tant que membres constitutifs de la nation, se trouvent représentés et participent ainsi à la confection des lois" page 148). Un peu plus haut il ajoutait (p. 145): "L'acte législatif parlementaire apparaît comme l'oeuvre d'un organe jouissant, à l'effet de créer la teneur des lois, du monopole d'un pouvoir spécial, et, en ce sens, il s'affirme comme un acte de puissance d'Etat." Les articles 3 et 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 formulent d'ailleurs des règles qui confirment exactement cette opinion qui s'appliquait à la constitution de 1875.³

S'il n'est donc pas possible de dire que les deux expressions "rule of law" et "principe de légalité" sont identiques, il apparaît, cependant, que sur le plan technique le principe de légalité permet de mieux se rendre compte de la suprématie de la règle de droit.

Quelles sont les conséquences de cette suprématie? La plus importante est qu'il s'établit à partir de la loi une hiérarchie selon laquelle tous les actes juridiques émanant de l'administration — c'est-à-dire des autorités exécutives — ne peuvent déroger à la loi. Ces actes sont pris pour "l'exécution des lois" selon la formule employée par l'article 47 de la constitution.¹ C'est de cette disposition (et de la disposition identique figurant dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875) que la jurisprudence a tiré le principe de la subordination de l'adminis-

2) Cfr. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931.

3) Art. 3 : La souveraineté nationale appartient au peuple français. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

Le peuple l'exerce, en matière constitutionnelle, par le vote de ses représentants et le référendum.

En toutes autres matières, il l'exerce par ses députés à l'Assemblée Nationale, élus au suffrage universel égal, direct et secret.

Art. 13 : L'Assemblée Nationale vote seule la loi; elle ne peut déléguer ce droit.

1) Art. 47 : "Le Président du Conseil des Ministres assure l'exécution des lois..."

tration à la loi. Certes, dans le cadre de la loi, l'administration disposera d'un pouvoir d'initiative et d'adaptation très étendu, mais le pouvoir cessera dès qu'il se heurtera à une disposition législative expresse. Le rôle du juge administratif consiste justement à annuler les actes de l'administration qui seraient contraires à la loi, l'excès de pouvoir étant le fait, pour une autorité administrative, d'avoir, formellement ou matériellement, agi contrairement à la loi.²

Faut-il dire que la loi formelle est, en France, la seule source de légalité, la seule manifestation de la "rule of law"? On doit répondre par l'affirmative mais formuler cependant certaines précisions qui seront développées ultérieurement. Le juge, comme l'administrateur, est soumis à la loi formelle puisque sa mission est justement de faire appliquer la loi, Mais il entre également dans sa mission de suppléer aux lacunes possibles de la loi. Tel est le sens de l'article 4 du Code Civil: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Le juge, et spécialement le juge administratif, peut être appelé à combler les lacunes de la loi. Tel est le sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux "principes généraux du droit". Mais le juge lorsqu'il applique les principes généraux interprète la volonté présumée du législateur et ne crée pas une règle de droit.

On peut faire également un rapprochement avec la coutume qui est aussi une règle de droit non écrite. La solution est identique: la coutume peut compléter la loi mais ne peut permettre d'y déroger, encore moins de l'abroger. Le droit public français ignore la désuétude en tant que procédé d'abrogation des lois; il n'existe pas de coutume *contra legem*.

En définitive, la loi écrite et votée conformément à la constitution constitue la règle juridique suprême et le pouvoir créateur de la jurisprudence ne s'exerce que dans le cadre de la loi, en

2) Ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat, art. 32 "Le Conseil d'Etat statuant au contentieux... statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pourvoi formé contre les actes des diverses autorités administratives".

interprétant la volonté présumée du législateur et tant que cette volonté ne s'est pas exprimée explicitement.

TITRE PREMIER

CONCEPTION FONDAMENTALE ET TRADITIONNELLE DE LA SUPRÉMATIE DE LA RÈGLE DE DROIT.

Il importe d'examiner le contenu de ce principe ainsi que les moyens d'en assurer le respect. Mais les deux questions sont très étroitement liées car cette suprématie n'aurait qu'une signification morale et non juridique si elle n'était pas assortie d'une sanction.

Chapitre Ier — Contenu du principe —

Ainsi qu'on l'a vu, ce principe se présente sous deux aspects: un aspect formel selon lequel la loi a une valeur juridique supérieure à toutes les autres sources de droit et un aspect matériel car elle implique le respect des droits individuels par tous, y compris par l'Etat lui-même.

SECTION I

Supériorité de la loi sur toutes les autres sources du droit.

§ 1. — *Loi et Constitution.* —

Le principe de souveraineté de la loi devrait supporter une exception importante. En effet, la constitution a une valeur juridique incontestablement supérieure à celle de la loi de telle sorte que la loi ne peut déroger à la Constitution. Il n'est pas question de contester le principe même de cette supériorité; mais, sur le plan juridique, la solution française est particulière puisqu'il n'existe aucun moyen d'assurer le contrôle de la constitutionnalité. Un principe dépourvu de sanction ne peut être considéré comme une règle juridique.

Il n'existe pas, en droit public français, de Cour constitutionnelle c'est-à-dire d'instance juridictionnelle devant laquelle les particuliers ou les organisations pourraient porter des actions tendant à l'annulation d'une disposition législative contraire à la

Constitution. On pourrait cependant supposer que, si un contrôle par voie d'action n'existe pas, un contrôle par voie d'exception serait toujours possible. A l'occasion d'un litige porté devant une juridiction administrative ou judiciaire, les particuliers devraient avoir la possibilité d'invoquer, par voie d'exception, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative et le tribunal pourrait, sans l'annuler, refuser d'appliquer cette disposition.

Or, depuis toujours, les tribunaux saisis d'une exception de cette nature ont refusé d'apprécier la constitutionnalité des lois¹. La formule constamment reprise par le Conseil d'Etat est la suivante. "En l'état actuel du droit public français, un moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux."

Cette formule peut sembler sibylline, mais s'éclaire lorsqu'on connaît la véritable nature de la loi. On a montré, dans l'introduction de ce rapport, que la supériorité de la loi venait du fait qu'elle était l'expression de la volonté générale. Comment admettre qu'un juge, aussi indépendant soit-il, puisse porter atteinte à cette volonté? Mais cet argument de simple logique ne suffirait pas; car, dans des Etats qui admettent le contrôle de la constitutionnalité, la loi est aussi l'expression de la volonté générale. L'explication essentielle est que le droit public français consacre une véritable confusion entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif.

"La loi, dit Carré de Malberg, en tant qu'oeuvre de volonté générale, devient elle-même un statut de la plus haute espèce, qui ne comporte point de statut d'une essence supérieure. La base même de toute différenciation véritable entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires s'évanouit."

La confusion entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif était flagrante sous la constitution de 1875. Elle n'en est pas moins visible depuis 1946. L'article 90 de la constitution fait dé-

1) Crim. 11 Juin 1926, D. H. 1926. 378, C. E. Novembre 1938, Arrig et Dame Coudert, D 1938-3-1, note Eisenmann; 4 février 1949, Syndicat général des agents d'assurances de la Martinique, S. 1950-3-14.

prendre sa révision de l'unique initiative de l'Assemblée Nationale. Le projet est ensuite voté par les deux assemblées, l'Assemblée Nationale et le Conseil de la République votant à des majorités spéciales. C'est seulement si ces majorités ne sont pas atteintes que le projet de révision est soumis au référendum constituant. Il y a, certes, quelques différences de procédure entre le vote de la loi et le vote de la constitution mais les différences ne modifient pas sensiblement la suprématie de l'organe législatif. La pratique suivie au moment de la révision opérée par la loi constitutionnelle du 7 décembre 1954 confirme d'ailleurs cette suprématie.

Toute l'organisation constitutionnelle française repose donc sur la puissance parlementaire. S'il arrivait au Parlement de voter une loi qui soit en contradiction avec la constitution on devrait moins considérer cet acte comme une violation de la constitution que comme une révision indirecte.

On aurait pu penser que la création, par l'article 91 de la constitution, du Comité constitutionnel avait porté atteinte à ce principe. Il n'en est rien, car la compétence de ce Comité renforce au contraire la suprématie du pouvoir législatif.

1° — Il recherche "si les lois votées par l'Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution," (art. 91), c'est-à-dire qu'il a pour mission de proposer une adaptation de la constitution à la loi et non d'écarter une loi contraire à la constitution.

2° — Il est saisi dans le délai de promulgation de la loi (10 jours) (art. 92) c'est-à-dire à un moment où la loi n'a encore aucune force exécutoire.

3° — Il ne peut être saisi que par "une demande émanant conjointement du Président de la République et du Président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant" (art. 92). Il est donc saisi par une des deux assemblées parlementaires et sa mission consistera à arbitrer un conflit entre les deux assemblées plutôt qu'à trancher une question de constitutionnalité de la loi¹.

En définitive, l'institution du Comité constitutionnel renforce

même la confusion du pouvoir constituant et du pouvoir législatif. Plus qu'avant 1946, la loi promulguée bénéficiera, en effet, d'une présomption irréfragable de constitutionnalité.

Il n'apparaît pas que cette absence de contrôle de la constitutionnalité des lois ait en France de graves conséquences. En 1789, en 1848 comme en 1946 la question fut posée et abondamment discutée devant les Assemblées constituantes. Mais chaque fois, au nom du principe de souveraineté nationale, les constituants s'opposèrent formellement au contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux. A l'heure actuelle une telle conception est admise à peu près par toute la doctrine et par l'opinion publique.

§ II. — *Suprématie de la loi sur les autorités administratives, les autorités juridictionnelles et les particuliers.*

Le principe suivant lequel l'intervention du législateur, émanation de la volonté nationale, constitue la suprême garantie des citoyens, apparaît, au contraire, avec toute sa valeur quand la loi se trouve en compétition avec les actes émanant des autorités administratives, ou des autorités juridictionnelles et à plus forte raison, avec ceux dont les simples particuliers peuvent être les auteurs; la loi s'impose à tous ces actes.

I. — *Vis à vis des autorités administratives.*

A. — La règle se présente, en réalité, sous deux aspects:

1° — Certaines matières sont réservées à la loi, ne peuvent être traitées que par le législateur, sont interdites au pouvoir exécutif.

2° — Dans les matières où le pouvoir exécutif est en droit d'intervenir, il ne peut le faire que dans la limite des lois existantes, que sous la condition de respecter ces lois.

1° — Certaines matières sont réservées à la loi, ne peuvent

1) Depuis sa création le Comité constitutionnel n'a d'ailleurs siégé qu'une seule fois, le 18 juin 1948. Il s'agissait d'ailleurs de régler un simple conflit de procédure entre les deux assemblées. Cf. A. Soulier, R.D.P. 1949, page 195.

être traitées que par le législateur, et sont interdites au pouvoir exécutif.

a) Il en est ainsi tout d'abord des matières qui sont expressément réservées à la loi par la Constitution, ou par des lois ordinaires.

La Constitution française du 27 octobre 1946 exige, par exemple, une loi pour déterminer la durée des pouvoirs de chaque assemblée parlementaire, son mode d'élection, les conditions d'éligibilité (article 6, paragraphe 1); pour régler le mode de présentation du budget (article 16); pour fixer le cadre, l'étendue et l'organisation des collectivités locales (article 86); pour accorder l'amnistie (article 19).

D'autre part, le législateur lui-même peut se réserver certaines matières.

Ainsi la loi du 22 mai 1955 porte en son article II: "Le statut définitif de la radiodiffusion-télévision française ne pourra être fixé que par la loi."

b) Mais, se fondant sur l'idée que la loi est la meilleure sauvegarde des citoyens, une jurisprudence traditionnelle réserve, en dehors de tout texte formel, la connaissance d'autres matières au législateur; ce sont des matières, soit particulièrement importantes, soit touchant intimement aux droits essentiels des particuliers.

Dans de nombreux cas, pour justifier sa position, elle peut invoquer la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, ou le Préambule de la Constitution de 1946 qui, bien que n'ayant pas la valeur juridique, contiennent des principes qui peuvent guider utilement l'interprétation du juge.

Mais parfois ses solutions ne sont fondées que sur le sentiment qu'ont les tribunaux de la nécessité de donner aux citoyens la sauvegarde de l'intervention du Parlement dans des cas spécialement graves pour eux.

Nous citerons, par exemple, les libertés individuelles, la création des impôts, ou des exemptions fiscales, la création de juridic-

tions; l'existence de recours contentieux; les compétences respectives des diverses autorités et des diverses juridictions; la création de peines, d'incapacités, de déchéances et de forclusions à l'encontre des particuliers; la création de monopoles; le pouvoir exécutif n'est pas en droit davantage de régler les rapports entre particuliers).

D'une manière plus générale même, on peut affirmer que toute règle portant atteinte à un droit reconnu par la loi, ou imposant à des citoyens des obligations spéciales, ne peut être édictée que par le législateur.

C'est ce principe qu'a posé le Conseil d'Etat dans une décision *Jammes*, du 12 novembre 1954, dans laquelle on lit:

"Considérant que les dispositions législatives sus-rappelées ont donné aux préfets les plus larges pouvoirs pour fixer les conditions du travail en agriculture, sans toutefois les autoriser à porter atteinte aux droits garantis par la législation en vigueur, ou à faire supporter aux entreprises des charges qui, en raison, soit de leur nature, soit de leur importance, ne peuvent être imposées que par voie législative."

2° — Dans les matières où le pouvoir exécutif est en droit d'intervenir, il ne peut le faire que dans la limite des lois existantes, que sous la condition de respecter ces lois auxquelles il ne saurait porter atteinte directement ou indirectement.

Nous nous bornerons à citer quelques exemples empruntés à la Jurisprudence récente du Conseil d'Etat:

Sont illégaux:

a) des arrêtés interministériels dispensant les préfets d'observer une procédure prévue par la loi, ou établissant une procédure différente de celle établie par le législateur, ou modifiant la règle posée par la loi pour la date d'entrée en application des arrêtés préfectoraux fixant le prix des denrées, ou attribuant à un ministre des pouvoirs qu'aucun texte législatif ne lui a octroyé, alors que ces pouvoirs permettent de violer le principe de la liberté du commerce ou de l'industrie.

b) des décrets créant une indemnité au profit de certains fonctionnaires, alors qu'une loi a supprimé les indemnités de cette nature, ou, au contraire, limitant la portée d'une loi prévoyant une indemnité pour les fonctionnaires, ou fixant un terme à l'exercice d'attributions conférées par le législateur sans limitation de durée;

c) un arrêté préfectoral définissant les conditions dans lesquelles une disposition légale devrait être appliquée.

B. — La règle que nous venons ainsi de préciser est absolue. Elle est, d'autre part, assortie de sanctions efficaces, ainsi que nous le verrons infra chapitre II.

Son efficacité est, enfin, renforcée par le principe affirmé antérieurement par le Conseil d'Etat¹, et consacré aujourd'hui par l'article 13 de la Constitution, selon lequel le Parlement ne peut déléguer le droit de légiférer à une autre autorité.

Mais, en l'absence de toute procédure de vérification de la constitutionnalité des lois, le Parlement pourrait, sans sanction juridique, ne pas respecter cette interdiction.

En fait, depuis 1946, il a, à diverses reprises, autorisé le Gouvernement à prendre des décrets en des matières relevant normalement de sa compétence, et, ce faisant, à modifier des lois existantes ; mais, quoique des discussions se soient élevées en Doctrine à cet égard, il ne semble pas qu'il y ait eu, en ces occasions, violation de l'article 13 précité, car les autorisations données précisaient les règles générales suivant lesquelles devrait s'orienter le pouvoir exécutif, ou, tout le moins, le but à atteindre.

II. Vis à vis des autorités juridictionnelles.

Le juge est le premier serviteur de la loi; sa mission est d'appliquer celle-ci aux cas particuliers, aux litiges individuels.

Non seulement il lui est subordonné de ce fait, mais encore il lui est interdit d'entrer en concurrence avec elle; l'article 5 du

1) Conseil d'Etat 8 février 1950, sieur Chauvet, Recueil, p. 85; une délégation du pouvoir législatif est contraire aux principes généraux du droit français.

Code Civil, qui lie les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, dispose, en effet, qu'"il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises."

Et l'article 1351 du même Code porte:

"L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement."

Toutefois, la question est loin d'être aussi simple qu'elle peut paraître au premier abord.

A. — D'une part, le pouvoir d'appliquer la loi implique nécessairement celui d'en donner le sens, d'en définir la portée exacte, en un mot, de l'interpréter.

Or, "l'interprétation" est une notion vague, qui peut être comprise par le juge d'une façon plus ou moins large, d'une manière plus ou moins extensive.

1° — En principe, le juge doit appliquer le texte de la loi purement et simplement, sans se livrer à des recherches quelconques, quand ce texte est clair et précis.

Cette règle est constamment suivie par les deux plus hautes juridictions françaises, le Conseil d'Etat, et la Cour de Cassation.

Le Conseil d'Etat applique brutalement une disposition de loi peut-être discutable, parce que, porte sa décision, les prescriptions de cette disposition "ne comportent sur ce point ni contradiction, ni obscurité, ni lacune" (Conseil d'Etat, 23 juillet 1948 *Sté Francolor*).

Dans une décision du 16 mars 1955, *sieur Portalier*, on lit "que cette disposition législative a conféré au gouvernement tous " pouvoirs pour déterminer...; que les indications qu'avaient con- " tenues l'exposé des motifs d el'ordonnance ne sauraient restreindre les pouvoirs attribuées par le texte même de ladite ordon- " nance..."

Et l'un de ses Commissaires du Gouvernement, M. Jean Donnedieu de Vabres, concluant dans un pourvoi *Maire* (décision du

12 décembre 1952), déclare "Ce sont deux choses bien différentes que, d'une part, d'éclairer un texte ambigu à l'aide de travaux préparatoires, ce qui est normal, et, d'autre part, d'utiliser les travaux préparatoires pour rendre un texte ambigu."

Et la Cour de Cassation décide :

"Attendu que vainement la thèse contraire invoque en sa faveur les travaux préparatoires; qu'il ne suffit pas qu'une opinion se soit traduite dans la discussion d'une loi si le vote d'aucun texte n'est venu l'appuyer." (Cour de Cassation, Chambre civile 4 juin 1889 D. 1890.1.351),

ou "Attendu qu'en déclarant en des termes essentiellement impératifs que nul ne peut se soustraire aux obligations résultant de tous marchés à terme sur effets publics, la loi... a entendu interdire... aux juges de rechercher l'Intention des parties (Cour de Cassation, Chambre Civile 22 juin 1898, D. 1899.1.5).

2° — Mais la loi peut être obscure; son texte peut être sujet à discussion.

Dans ce cas, le juge devra, pour l'interpréter sainement, rechercher quelle a été la volonté du législateur, notamment en examinant les travaux préparatoires (exposé des motifs précédant le projet; discussion au Parlement¹, ou en se fondant sur le but poursuivi lors du vote de la loi en cause².)

1) Par exemple,

Conseil d'Etat 7 juillet 1911, sieur Omer Decugis:

"Considérant qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi que le § 2 de l'article 1er ne désigne..."

— Conseil d'Etat 18 février 1927 Comité Central des Armateurs de France :

"Considérant qu'il résulte des art. 1 et 2 de la loi, ainsi que des travaux préparatoires..."

— Conseil d'Etat 21 janvier 1955, sieur Rochet :

"Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cette disposition législative, confirmée d'ailleurs par l'analyse des travaux parlementaires qui ont précédé le vote de cette loi, que le législateur a entendu réserver le bénéfice..."

— Conseil d'Etat 16 mars 1956 Caisse Autonome de Sécurité Sociale dans les mines :

3° — Beaucoup plus délicates sont les hypothèses où la loi, apparemment précise et claire, peut être, en réalité, mal rédigée, et où son texte est en contradiction avec ce qu'ont voulu effectivement ses auteurs; contradiction qui résulte soit de travaux préparatoires nets, soit du fait que l'interprétation littérale conduirait à des résultats choquants ou absurdes, que le législateur est censé ne pas avoir voulus.

Si, dans de telles hypothèses, le juge se départit de l'application pure et simple du texte, il s'attribue un pouvoir arbitraire très large, car la notion de "volonté du législateur" est une notion très floue; et y faire appel permet, en fait, au juge de prendre la décision qui, en conscience, lui paraît la meilleure, et ainsi, de "refaire" la loi dans le sens qui lui semble préférable.

Aussi les juridictions françaises se montrent-elles très prudentes, et en principe, s'en tiennent au texte de la loi, du moment qu'il est clair; elles estiment, en effet, se cantonnant exactement dans le rôle qui est le leur, que si une disposition législative non ambiguë aboutit à des conséquences inopportunes, c'est au législateur à la modifier, et non au juge à la "torturer". (Cfr. *supra* les décisions citées au § 1° - ci-dessus).

Toutefois, trois réserves doivent être faites:

a) le juge peut ne pas s'en tenir au texte clair de la loi si l'application pure et simple de ce texte aboutit à de très grandes difficultés, ou à des résultats particulièrement choquants et inexplicables, que manifestement le législateur n'a pu avoir en vue; dans de pareils cas, en passant outre au texte littéral, il répare, en quelque sorte, une erreur, une lacune, une omission évidente de ce texte.

"Considérant qu'il résulte tant des termes de l'art. 171 de la loi du 7 octobre 1946, que des travaux préparatoires dudit article, celui-ci a eu pour objet de..."

2) Par exemple,

— Conseil d'Etat 10 mars 1950, Guilloux :

"Considérant qu'il ressort de l'ensemble des dispositions de la loi... que le législateur a entendu..."

Prenons quelques exemples de Jurisprudence :

1. Une loi du 11 octobre 1945 permet à l'autorité administrative de procéder à des réquisitions de logements en faveur des personnes appartenant aux services de l'Etat, des Départements et des Communes.

Un décret étend cette loi à l'Algérie.

“Compte tenu de son objet, il ne saurait être interprété comme “excluant du bénéfice du logement d'office le personnel des services de l'Algérie”. (Conseil d'Etat 29 juillet 1949, *sieur Montpellier*).

2. L'article 85 de la loi du 5 avril 1884, toujours en vigueur, dispose que les maires peuvent être révoqués par décret du Président de la République.

Cette loi avait été votée sous l'empire de la Constitution de 1875 qui conférait au Président de la République le pouvoir réglementaire.

L'article 47 de la Constitution de 1946 a transféré ce pouvoir au Président du Conseil.

Le Conseil d'Etat a jugé, par suite, que bien que les termes de l'article 85 précité soient demeurés inchangés, les Maires étaient dorénavant légalement révoqués par décret du Président du Conseil. (Conseil d'Etat 16 décembre 1949, *sieur Barbet*).

3. Une loi du 25 août 1944 accorde un avantage aux fonctionnaires qu'elle vise au 3ème paragraphe de son art. 7.

Le Conseil d'Etat décide que, bien qu'il n'ait pas mentionné expressément les agents visés au 1er paragraphe du même article, qui se trouvent dans une situation semblable, le législateur a “manifestement entendu” leur octroyer le même avantage. (Conseil d'Etat 29 juillet 1950. *Sieur Leniept*).

4. Une loi du 29 juillet 1939 a reculé l'âge limite d'admission dans les cadres de l'administration, d'un an par enfant à charge, des candidats “pères de famille” mariés ou veufs.

Le Conseil d'Etat a jugé que devaient bénéficier de cette disposition les candidats du sexe féminin qui, "veuves et ayant des enfants à charge, ont la qualité de "chef de famille". (Conseil d'Etat, 20 octobre 1950, *Dame veuve Oster*).

b) Au cas précédent, peut être assimilé celui où un texte ancien, toujours en vigueur, ne correspond plus aux exigences de la vie juridique actuelle. Les tribunaux s'efforcent alors de les adapter à ces exigences:

1. Ainsi, alors que l'article 1382 du Code Civil pose le principe que la responsabilité d'un particulier qui a causé un dommage à un autre particulier n'est engagée vis à vis de ce dernier que si celui-ci établit une faute à la charge du premier, la Cour de Cassation, donnant cent trente ans après sa promulgation, une interprétation nouvelle de l'article 1384, § 1, du même Code, est arrivée à créer, dans de nombreux cas, une présomption de faute évitant à la victime d'avoir à administrer la preuve d'une faute.

2. Les tribunaux judiciaires et administratifs ont élaboré une théorie, dite de "l'abus de droit", selon laquelle le titulaire d'un droit ne peut accomplir des actes qui dépassent les conditions habituelles d'exercice de ce droit, ou ne peut user de ce même droit dans la seule intention de nuire à d'autres particuliers.

3. Les articles 1119 et 1121 du Code Civil interdisent la stipulation pour autrui.

Cette interdiction s'est avérée très gênante pour des institutions modernes, telles que l'assurance sur la vie, auxquelles les rédacteurs du Code Civil n'avaient évidemment pas songé. Par une interprétation de plus en plus hardie de ces articles, la Jurisprudence est, en fait, parvenue à admettre, sauf quelques exceptions, la liberté des stipulations pour autrui.

c) Dans des cas exceptionnels en dehors des hypothèses précédentes, le juge restreint ou augmente la portée du texte clair et précis d'une loi, en se fondant sur le but poursuivi par le législateur. Nous en citerons deux exemples célèbres.

1. L'article 1er d'une loi du 16 novembre 1940 dispose que

“ pour être valable, les mutations entre vifs de propriété portant sur des immeubles ou des droits immobiliers situés en France doivent être autorisées par le Préfet du département du lieu où l'immeuble est situé

Cette disposition, conçue en termes généraux et sans limitation, donne ainsi aux Préfets des pouvoirs discrétionnaires pour autoriser ou refuser d'autoriser des achats et ventes de propriétés immobilières.

Le Conseil d'Etat a cependant décidé qu'en vertu de cette loi, un Préfet ne pouvait refuser son autorisation que si, après examen particulier des circonstances de l'affaire, il lui apparaissait que la réalisation de l'opération qui lui était soumise pouvait présenter un inconvénient pour l'intérêt général; et il a annulé une décision préfectorale refusant d'autoriser l'achat d'un domaine agricole par le motif que l'acquéreur était un industriel et qu'il convenait de réserver à des agriculteurs de profession l'acquisition de propriété de ce genre (Conseil d'Etat 9 juillet 1943, *sieurs Tabouret et Laroche*).

Cette interprétation a eu pour conséquence d'enlever toute portée pratique à la loi en cause.

2. Une ordonnance du 24 mai 1945 a prévu que les employeurs dans les établissements industriels devaient, préalablement au licenciement de tout salarié, adresser une demande au service départemental de la main d'oeuvre qui peut autoriser ou refuser la mesure sollicitée.

Le texte législatif clair était général et ne limitait pas le pouvoir d'appréciation du directeur de la main d'oeuvre.

Mais le Conseil d'Etat, restreignant considérablement sa portée, en se fondant sur l'exposé des motifs de l'ordonnance, a jugé que l'autorisation ne pouvait être refusée que pour des motifs d'ordre économique, c'est-à-dire en cas d'insuffisance de main d'oeuvre dans la branche d'industrie considérée; que la disposition législative en cause ne pouvait avoir pour effet de permettre à l'administration d'apprécier l'opportunité des mutations effectuées à l'intérieur des entreprises par le patron, ou de se substituer aux tribunaux compétents pour trancher les litiges individuels nés de

l'exécution d'un contrat de travail (Conseil d'Etat 18 juin 1947, *Société A. et J. Lévy*).

Il y a lieu de remarquer que, dans les deux cas que nous venons de citer, il s'agissait d'interpréter des textes de valeur législative, mais, par suite des circonstances, non votés par le Parlement (dans le 1er cas, une loi du gouvernement de Vichy; dans le second une ordonnance du gouvernement provisoire), d'autre part, les deux textes en cause portaient atteinte au droit de propriété pour le premier, à la liberté du chef d'entreprise et au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire pour le second, c'est-à-dire à des principes fondamentaux du droit français.

B. — D'autre part, l'article 4 du Code Civil dispose, "Le Juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

Cette obligation de juger, qui est ainsi faite au magistrat, confère à celui-ci une lourde charge et une lourde responsabilité, mais aussi nécessairement des pouvoirs étendus.

Le juge, saisi d'un litige pour lequel il ne trouve aucune loi applicable, peut être appelé à étendre par analogie un texte, ne prévoyant pas, dans ses termes, le cas soulevé par ce litige.

Mais il peut même avoir à poser lui-même certaines règles de droit qu'il appliquera comme il applique la loi écrite.

En droit privé, où les diverses matières sont traitées par les différents codes, les tribunaux judiciaires trouvent, en général, dans ces Codes et les lois qui les ont complétées, les solutions nécessaires; néanmoins, ils ont parfois créé de véritables théories jurisprudentielles quand il leur est apparu que les nécessités sociales rendaient impérieux de compléter les solutions législatives.

On peut citer, par exemple, les théories très remarquables de l'abus de droit et de l'enrichissement sans cause qui ne trouvent leur fondement juridique dans aucun article du Code Civil.

En droit administratif où il n'y a pas de Code et où de nombreuses matières ne sont réglées par aucune loi et, à tout le moins, par aucune loi d'ensemble, le rôle créateur du juge est nécessairement encore plus important; le statut juridique de parties entières du droit administratif, et non des moindres, comme le contentieux administratif et la responsabilité de la puissance publique, a été uniquement construit par la jurisprudence. Et, pour cette construction, le Juge administratif se fonde sur des principes qu'il applique comme il appliquerait les lois écrites et auxquels il confère ainsi, de sa propre autorité la valeur des lois écrites.

Cette théorie des principes généraux du droit (cf. annexe 2) est particulièrement originale et intéressante dans un pays qui, comme la France, est un pays de droit écrit.

Le pouvoir normatif de la jurisprudence administrative française a été particulièrement étudié et mis en valeur par notre Doctrine de Droit Public.

III. — Vis à vis des particuliers.

A. — La loi apparait avec la même supériorité. Chaque citoyen est, dans l'intérêt des autres citoyens et, d'une manière générale, de la Société, de l'Etat, astreint à obéir à la loi, expression de la volonté nationale par l'organe du Parlement; et pour assurer cette obéissance, le législateur prévoit très généralement des sanctions aux dispositions qu'il édicte; si, exceptionnellement, un texte législatif n'est pas assorti de sanctions, les actes pris pour son application peuvent même s'ils intéressent de simples particuliers, être exécutés d'office avec le concours de la force publique.

B. — Cependant, à cet égard encore, des distinctions doivent être faites:

1° — En droit privé, seules, les lois intéressant l'ordre public (public policy) c'est-à-dire destinées à protéger certaines personnes (mineurs, incapables) ou certains intérêts privés (transcription) ou des intérêts généraux, sont impératives.

Les autres lois sont dites supplétives; elles reproduisent la

volonté présumée des parties, et les particuliers peuvent y déroger par conventions spéciales, ainsi qu'il ressort de l'article 6 du Code Civil.

En matière contractuelle, l'article 1134 dudit Code pose le principe de la liberté des parties: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites."

Ainsi les lois concernant le contrat de vente, celui de louage sont, en principe, purement supplétives.

2° — En Droit Public, les lois ont toujours un caractère d'ordre public, elles s'imposent donc toujours, non seulement aux citoyens, mais à l'Administration elle-même.

Un citoyen ne peut renoncer, par avance, à un droit qu'il tient de la loi vis-à-vis de l'autorité exécutive (Conseil d'Etat 19 novembre 1955 *sieur Andréani*); et réciproquement cette autorité ne peut ni d'une manière générale, ni dans des cas particuliers, renoncer au bénéfice d'une disposition législative lui conférant tel ou tel pouvoir.

Ainsi, elle ne peut légalement décider qu'elle ne percevra pas un impôt sur telle catégorie de contribuables ou sur tel contribuable déterminé, si les bénéficiaires de cette mesure remplissent les conditions fixées par la loi pour être assujettis à cet impôt (Conseil d'Etat 11 mai 1956, *ville de Brest*).

De même, les promesses faites à un fonctionnaire sont sans valeur si elles sont contraires au statut du cadre auquel appartient l'intéressé (Conseil d'Etat 28 mai 1952, *sieur Chappin de Jouvry*).

SECTION II

Respect des droits individuels.

La reconnaissance, au profit des citoyens, des droits individuels, c'est-à-dire des droits jugés essentiels en France au 20ème siècle pour la personne humaine prise en tant que telle ou comme élément de l'Etat est le second principe essentiel du contenu de la "rule of law".

§ 1. — *Les divers droits individuels.*

Ces droits, qui constituent la base du statut du citoyen français et auxquels les Français attachent la plus grande importance, sont consacrés, soit par la Constitution, soit par la loi, soit par la Jurisprudence.

1° — Droits reconnus par la Constitution.

Le préambule de la Constitution de 1946, en général, par référence à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, reconnaît :

- le droit de propriété —
- le droit de grève —
- le droit à l'emploi —
- la liberté de conscience et de culte —
- la liberté d'opinion —
- la liberté de la presse —
- la liberté syndicale —
- l'égalité des citoyens —
- le droit à l'aide sociale —
- le droit de l'instruction —

Certes le préambule de la Constitution n'a pas la valeur de la loi constitutionnelle elle-même; mais il est l'affirmation solennelle de la volonté des Constituants, et a une forte autorité morale.

La jurisprudence en a tenu, d'ailleurs, expressément compte en ce qui concerne le droit de grève, la liberté et l'égalité des citoyens quant à leur race ou à leur religion. Dans un jugement du 22 janvier 1947, le Tribunal civil de la Seine a en se fondant notamment sur le Préambule de la Constitution, annulé la clause d'un testament dont l'auteur léguait ses biens à sa petite fille, avec révocation du legs si elle épousait un juif.

D'autre part, des lois ordinaires ont formellement consacré les droits et libertés précités (à l'exception du droit de grève).

2° — Droits reconnus par la loi.

Des lois ordinaires ont affirmé la liberté individuelle, l'invio-

labilité et la liberté du domicile,

- la liberté d'association,
- la liberté de réunion,
- la liberté de l'enseignement.

3° — Droits reconnus par la Jurisprudence au titre des principes généraux du droit.

Ces principes prennent, du fait de leur consécration par la Jurisprudence, valeur législative; et leur violation produit les mêmes effets que la violation de la loi écrite.

A ce titre sont reconnus :

a) Le principe de liberté sous ses différentes formes même celles non prévues par le législateur.

La notion de liberté individuelle est utilement précisée et largement entendue ; elle comporte notamment la liberté d'aller et venir¹.

Souvent le législateur s'est borné à affirmer la liberté, sans indiquer son contenu exact; la Jurisprudence a ainsi été appelée à définir la portée de la liberté de conscience, de la liberté des cultes, de la liberté de l'enseignement; elle a donné une grande extension à la liberté du commerce, énoncée brièvement par une loi de 1791, et c'est au nom de cette liberté qu'elle interdit aux collectivités locales de se livrer à des activités commerciales ou industrielles.

D'autre part, le Conseil d'Etat consacre avec fermeté la li-

1) Un exemple montrera avec quelle rigueur la Jurisprudence consacre cette liberté : Le Conseil d'Etat a le 17 octobre 1952 (Syndicat climatique de Briançon) annulé l'arrêté du Maire d'une station climatique qui interdisait, de façon permanente, dans tout établissement situé dans une partie de la commune, dite zone touristique, le séjour de toute personne malade de tuberculose, et prescrivait que tout individu désireux de séjourner plus de quinze jours à l'hôtel devrait solliciter une autorisation médicale; il a estimé, en effet, que ces mesures portaient atteinte à la liberté d'aller et venir.

berté d'opinion que nul texte, sinon le Préambule de la Constitution, ne reconnaît d'une façon explicite; il l'assure, notamment, aux fonctionnaires qui ne peuvent être frappés de sanctions disciplinaires, ou même changés de cadre, pour avoir manifesté leurs idées, ou leurs croyances; il interdit de même aux ministres d'exclure des épreuves d'un concours un candidat en raison de ses opinions politiques (Conseil d'Etat 28 mai 1954, *sieur Barel et autres*).

Enfin, il est intéressant de noter que la Jurisprudence consacre les diverses libertés non seulement au profit des citoyens vis-à-vis de l'Etat et des autres collectivités publiques mais également au profit des membres d'une profession organisée en Ordre vis-à-vis de leur Ordre.

Le Conseil d'Etat a jugé dans une décision du 29 juillet 1950 (*Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat*) que les lois qui confient aux autorités de l'ordre la mission d'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance des professions qu'elles représentent, ont entendu attribuer auxdites autorités l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cette mission, mais que ces pouvoirs trouvent une limite dans les libertés individuelles qui appartiennent aux membres de l'ordre, comme à la généralité des citoyens. Il a, de même, annulé le 4 janvier 1952, une décision du Conseil National de l'Ordre des Médecins qui infligeait une sanction à un médecin pour avoir, dans une allocution diffusée par radio, émis des critiques contre certaines méthodes curatives employées par des confrères (*sieur Simon*).

b) Le droit de l'individu sur sa propre personne.

Ce droit a été reconnu de manière formelle dans l'espèce suivante :

La loi accorde aux pensionnés de guerre à 100% pour tuberculose une indemnité pour leur permettre de ne pas travailler et de se soigner, à la condition que les intéressés se soignent sous la surveillance des organismes antituberculeux.

Le Ministre des Anciens Combattants avait supprimé le bénéfice de cette indemnité à un pensionné qui avait refusé de subir l'opération chirurgicale ordonnée par l'organisme antituberculeux qui lui prodiguait ses soins.

Le Conseil d'Etat a considéré que la mesure de suppression était illégale, car l'intéressé avait pu légitimement se soustraire à une mesure qui portait atteinte à son intégrité corporelle. (Conseil d'Etat 11 juillet 1956. *Ministre des Anciens Combattants c/sieur Gros*).

De même, le Conseil d'Etat, en annulant, comme contraire au principe de la liberté du commerce, l'arrêté d'un maire qui, d'une manière générale, avait interdit l'exercice dans les rues de la profession de photographe, a précisé, dans les motifs de sa décision, que ce magistrat municipal eut pu interdire de photographier dans les rues les passants contre le gré de ceux-ci (Conseil d'Etat 22 juin 1951, *sieur Daudignac*); il reconnaissait ainsi le droit de l'individu sur ses propres traits, et sur leur reproduction.

c) Le principe d'égalité, seulement affirmé dans le Préambule de la Constitution, et largement développé et étendu par la Jurisprudence qui en fait un principe de base, un principe fondamental du droit public français.

Le Conseil d'Etat sanctionne évidemment l'égalité de tous les citoyens devant la loi, et devant les charges publiques; c'est sur cette notion d'égalité de tous devant les charges publiques qu'il a assis la plus grande partie de sa jurisprudence sur la responsabilité de la puissance publique.

Il applique strictement, d'autre part, l'égalité des citoyens devant l'impôt.

D'une manière plus générale encore, il a posé la règle que l'Administration doit traiter de façon égale tout groupe d'individus se trouvant dans la même situation de droit ou de fait : égalité pour l'accès aux fonctions publiques; égalité entre les souscripteurs d'un même emprunt; égalité de traitement pour les commerçants se livrant à une même activité, etc... (Cfr. infra titre II, chapitre 1er).

d) Le droit pour tous les citoyens de disposer d'un recours contentieux contre les actes de l'Administration, même quand la loi dispose que l'autorité compétente "statue souverainement". (Conseil d'Etat, 16 décembre 1955. *Epoux Deltel*; 17 mai 1956, *sieur Simonet*).

§ 2. — *La réglementation des droits individuels.*

Mais les libertés et droits dont jouit un citoyen ne doivent nuire ni à ceux dont jouissent les autres citoyens, ni à l'ordre public qui doit exister, dans l'intérêt de tous, au sein d'un Etat organisé.

La nécessité d'une limitation des libertés dans les buts ci-dessus spécifiés est donc inéluctable.

I. — Mais cette limitation dans le régime français ne peut, nous l'avons vu, résulter que de la loi, afin d'éviter tout arbitraire.

L'intervention législative revêt diverses formes.

1° — Le législateur prévoit, en premier lieu, une réglementation précise :

a) Il peut organiser un régime purement répressif; en ce cas, il laisse une liberté totale, et se borne à sanctionner les abus et les excès de celle-ci par des textes d'ordre pénal. Il en est ainsi pour la liberté individuelle qui, non seulement est absolue, mais pour la garantie de laquelle des mesures sont prévues à l'encontre de ceux qui y porteraient atteinte. (Article 114 à 123 du Code pénal); ainsi l'article 114 porte: "Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du Gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire, ou attentatoire, soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Constitution, il sera condamné à la peine de la dégradation civique".

b) Le législateur peut prévoir un régime de déclaration; en ce cas, l'activité du citoyen est libre, à la seule condition d'informer l'autorité administrative.

Ainsi les syndicats se constituent librement, sous l'unique réserve de déposer à la préfecture, les statuts et les noms des administrateurs.

c) Parfois enfin, le législateur soumet à autorisation l'exercice d'une activité. Tel est le cas des spectacles, dits de curiosité, et celui du cinéma.

2° — En second lieu, en dehors de toute limitation précisée par lui comme on vient de l'exposer, le législateur peut conférer à une autorité administrative des pouvoirs généraux de police pour assurer le maintien de l'ordre public.

Ainsi l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 dispose "Le Maire est chargé de la police municipale" qui comprend notamment tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les voies publiques, la tranquillité publique, le maintien de l'ordre, l'hygiène et la salubrité publiques.

De tels pouvoirs conférés à une autorité exécutive risqueraient, par leur généralité et leur imprécision, laissant à leur titulaire de larges possibilités d'appréciation arbitraire, d'aboutir à des atteintes graves aux libertés publiques.

Ce risque a trouvé en France son assurance grâce au recours pour excès de pouvoir qui permet à la juridiction administrative, saisie de pourvois contre des arrêtés de police, de procéder à la conciliation entre deux obligations juridiques également impérieuses : entre les libertés publiques reconnues et la nécessité de maintenir l'ordre public¹.

1) Le rôle ainsi dévolu au juge administratif a été particulièrement bien mis en lumière par les Commissaires du Gouvernement devant le Conseil d'Etat. M. Romieu, concluant le 30 novembre 1906 dans une affaire Jasquin, exposait: "Constamment le Conseil d'Etat est amené à rechercher, en fait, si dans la manière dont l'Administration a usé de ses pouvoirs, elle a respecté les droits que les citoyens tiennent des lois générales ou spéciales, si telle mesure prescrite rentre, à raison de son caractère de gravité dans la catégorie de celles qu'elle veut imposer, sans violer le droit de propriété ou la liberté du commerce, ou tel autre droit individuel, si la situation de fait invoquée correspond bien aux conditions que le législateur a mises à l'obtention de telle autorisation".

M. le Commissaire du Gouvernement Teissier déclarait le 5 juin 1908 (affaire Marc). "Vous aurez donc à rechercher si les Maires n'ont pas fait un usage abusif des pouvoirs à eux dévolus dans l'intérêt de la santé publique et si les dispositions des règlements sanitaires ne sont

a) Pour opérer cette conciliation, le Juge de l'excès de pouvoir doit procéder à un examen des faits, des circonstances de temps et de lieu dans lesquelles la mesure de police est intervenue, et se livrer ainsi à un contrôle serré de l'appréciation de l'autorité administrative.

Il joue en la matière le rôle de supérieur hiérarchique de ces autorités comme l'a indiqué le Commissaire du Gouvernement Chardenet.

b) Le juge de l'excès de pouvoir a, dans sa jurisprudence, posé les principes suivant lesquels il opère la conciliation qui lui incombe.

I. — La décision de police n'est légale

— qu'à la condition d'être nécessaire, que si elle a pour but d'éviter une menace réelle et grave de désordre;

— que dans la mesure où elle est nécessaire pour éviter cette menace.

Ainsi l'autorité administrative peut réglementer les libertés ; elle ne peut jamais, d'une façon permanente ou générale, interdire une activité non illégale ou même la soumettre à autorisation¹.

D'autre part, la jurisprudence tient compte de l'importance plus ou moins grande de la liberté en cause, du souci plus ou moins vif qu'a eu le législateur de l'assurer.

Par exemple, pour le droit de propriété, droit très protégé par la loi, l'autorité de police peut enjoindre aux particuliers de ne pas causer tel ou tel désordre; mais elle ne saurait prescrire elle-même une mesure quelconque; elle doit laisser aux intéressés le choix des moyens pour se conformer à l'injonction qu'elle a formulée.

Pour l'importante liberté de réunion, le maire ne peut inter-

pas contraires à quelque principe de droit public ou à quelque droit privé particulièrement respectable.

Fréquemment, cette recherche sera chose difficile et nécessitera un dosage méticuleux des sacrifices qu'on peut demander aux droits individuels et spécialement à la propriété dans l'intérêt de l'hygiène bien entendue de la collectivité².

dire légalement une réunion publique, même si une menace de troubles graves est à craindre, à moins seulement qu'il ne dispose pas de forces de police suffisantes.

Il en est de même pour la liberté de la presse².

1) Les exemples sont innombrables. Nous en retiendrons un récent auquel nous avons déjà fait allusion, parce qu'il est typique :
Conseil d'Etat 22 juin 1951 Fédération Nationale des photographes filmeurs.

"Considérant que s'il appartient au maire, en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux inconvénients que ce mode d'exercice de la profession de photographe peut présenter pour la circulation et l'ordre public, - notamment en défendant à ceux qui s'y livrent de photographier les passants contre leur volonté ou en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession dans certaines rues ou à certaines heures - ni le dit article ni d'autres dispositions législatives ne lui permettaient d'opposer aux intéressés une interdiction générale qui porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la loi."

Le même jour (décision Daudignac), le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté d'un maire soumettant à autorisation l'exercice de la profession de photographe filmeur.

Cfr. en outre, la décision du 23 novembre 1951 rapportée en notre note 2 ci-dessous.

2) Cfr. par exemple, Conseil d'Etat du 23 novembre 1951, Société nouvelle d'imprimerie.

"Considérant que s'il incombe aux autorités investies des pouvoirs de police de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, elles doivent concilier l'exercice de leurs pouvoirs avec le respect de la liberté de la presse, et notamment du colportage et de la distribution, sur la voie publique, des livres, écrits, brochures et journaux garantie par la loi du 29 juillet 1881.

Considérant qu'en admettant même les allégations du Ministre de l'intérieur selon lesquelles l'exposition à la vue du public et la distribution sur la voie publique du journal "Aspects de la France et du Monde" auraient créé, en raison du caractère du journal et de la nature des articles qui y sont publiés, un danger pour l'ordre public, il ne ressort pas du dossier que ce danger, auquel il appartenait à l'administration de parer par des mesures restrictives appropriées aux circonstances de temps et de lieu, ait été de nature à justifier légalement, à l'époque où elles ont été prises (mai et juin 1948), des décisions interdisant cette exposition et cette distribution sans limitation de durée et sur toute l'étendue des départements intéressés".

En revanche, le maire peut interdire un spectacle, dès qu'une menace de désordre existe, refuser à une roulotte d'habitation de séjourner sur une place ou dans une rue de la ville.

II — Les régimes d'exception —

Il s'agit de régimes qui restreignent anormalement l'exercice des libertés publiques en raison de l'état de grève ou de troubles intérieurs graves. Les régimes ont un caractère exceptionnel en ce sens qu'ils doivent, obligatoirement, être limités dans l'espace et dans le temps. Comme tous les autres systèmes juridiques le système français connaît de tels régimes qui se justifient par les dangers anormaux auxquels il faut parer dans de telles circonstances. Il s'agit de l'état de siège (lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878) et de l'état d'urgence (loi du 3 avril 1955). L'état de siège ne peut être établi qu'en cas de "péril imminent, résultant d'une guerre étrangère, ou d'une insurrection à main armée" (article 1er de la loi de 1878). L'état d'urgence peut être déclaré en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou de calamité nationale (article 1er de la loi de 1955). L'un et l'autre ne peuvent être établis et levés qu'en vertu d'une loi¹.

Ces deux régimes se caractérisent par une extension des pouvoirs de police et une restriction parallèle des libertés individuelles (interdiction de circulation, contrôle des armes, police des lieux publics, mesures d'éloignement d'individus dangereux). En outre, les tribunaux militaires reçoivent compétence pour connaître de certains crimes et délits.

La différence fondamentale entre l'état de siège et l'état d'urgence est que, dans le premier cas, les pouvoirs exceptionnels de police peuvent être conférés à l'autorité militaire alors que, dans le second cas, ils sont toujours exercés par les autorités civiles.

On peut rapprocher de ces deux régimes légaux une théorie jurisprudentielle dite "des circonstances exceptionnelles" élaborée

1) Si le Parlement n'est pas en session l'état de siège peut être déclaré par décret mais, dans ce cas, les chambres se réunissent de plein droit 2 jours après.

par le Conseil d'Etat. D'après cette théorie, des mesures administratives qui seraient illégales en temps normal deviennent légales, dans certaines circonstances, à raison des dangers auxquels elles entendent parer.

Cette théorie a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *Heyriès* (C. E. 28 juin 1918, S. 1922, 3. 49, note Hauriou). Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a admis qu'en temps de guerre le Gouvernement pouvait relever des officiers de leurs fonctions sans devoir suivre les garanties disciplinaires instituées par la loi.

Cette théorie, qui s'apparente à la théorie pénale de l'état de nécessité, a été employée depuis la période de guerre ou de troubles graves apportés à l'ordre public. Mais le Conseil d'Etat recherche, dans chaque hypothèse, si la nature des circonstances exigeait vraiment des mesures exceptionnelles et s'efforce de limiter les effets de ces mesures afin que l'administration ne puisse invoquer cette théorie qu'en raison d'un puissant intérêt public.

Chapitre II — Moyens d'assurer la suprématie de la règle de droit.

La "rule of law" n'est pas entendue en France comme comprenant seulement l'énumération des principes essentiels composant la légalité.

Cette énumération, pour intéressante qu'elle soit, est par elle-même sans portée.

Il ne suffit pas, en effet, de reconnaître théoriquement certains droits aux citoyens.

Il faut encore que ces droits soient garantis réellement, sanctionnés effectivement.

Les moyens dont disposent les citoyens pour faire respecter les droits qui leur sont reconnus légalement constituent en France le second aspect de la rule of law, aspect inséparable du premier dont il constitue le complément indispensable, auquel, suivant sa plus ou moins grande efficacité, il confère ou non de la valeur.

C'est ce second aspect qu'il faut maintenant examiner.

Un principe traditionnel et indiscuté en France veut que la garantie des droits doit, pour être satisfaisante, être confiée à des juridictions, indépendantes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

L'efficacité de cette garantie dépendra donc tant de l'organisation des juridictions et des règles de procédure applicables devant elles que des moyens contentieux que ces juridictions mettent à la disposition des particuliers menacés dans leurs prérogatives.

SECTION I

Organisation et procédure juridictionnelle.

I. — *L'Organisation des juridictions* pose essentiellement deux problèmes, celui de l'indépendance des juges et celui de leur compétence professionnelle.

1° — L'indépendance des juges est avant tout une question de recrutement.

En France, après l'expérience malheureuse faite sous la Révolution, on a abandonné le recrutement des juges par voie d'élection qui soumet ceux-ci à la politique et risque de les rendre les esclaves d'un parti; le procédé n'est utilisé qu'à titre exceptionnel pour certaines juridictions professionnelles où le danger n'existe pas.

Le recrutement des magistrats a donc lieu par nomination du gouvernement; le problème de l'indépendance est ainsi un problème d'indépendance par rapport au Gouvernement¹.

a) En ce qui concerne les tribunaux de l'ordre judiciaire, l'indépendance est assurée par le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège, principe consacré depuis 1814 et inscrit à l'article 84 de la Constitution de 1946².

Mais la magistrature est, en France, une carrière qui se déroule des tribunaux de première instance aux Cours d'appel, puis des Cours d'appel à la Cour de Cassation. L'inamovibilité apparaît

alors comme une garantie insuffisante, car si elle confère à celui qui en bénéficie la certitude de ne pas être privé du poste qu'il occupe, elle ne lui assure pas une carrière normale, elle ne lui donne aucun droit à l'avancement qui reste à la discrétion du gouvernement. C'est pour remédier à cet inconvénient que la Constitution de 1946 a substitué, pour l'avancement, à l'intervention du ministre de la justice, celle du Conseil Supérieur de la Magistrature, organisme indépendant présidé par le Président de la République et en partie composé de magistrats élus par leurs collègues.

b) En ce qui concerne les juges administratifs, ils ne bénéficient pas de l'inamovibilité; mais traditionnellement, ils jouissent en France d'une grande indépendance.

En ce qui concerne notamment le Conseil d'Etat, il n'y a pas, depuis 1872, d'exemples d'intervention gouvernementale³ et l'avancement des membres a lieu rigoureusement à l'ancienneté.

2° — La compétence professionnelle des magistrats est assurée par le recrutement au concours.

On entre dans la magistrature judiciaire par un concours particulier dont la difficulté, eu égard au nombre des candidats, est certain et dont les épreuves exigent des connaissances juridiques étendues.

L'accès du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs n'est ouvert qu'aux élèves sortant de l'Ecole Nationale d'Administration. Depuis la création de cette Ecole en 1945, le Conseil d'Etat a toujours été choisi parmi les premiers.

1) Et, en fait, en France, l'indépendance des magistrats n'a jamais été menacée depuis 1789 par le pouvoir législatif, ou par un parti politique.

2) Les magistrats du ministère public sont, au contraire, soumis au pouvoir hiérarchique du Ministre de la Justice et ne jouissent pas de l'inamovibilité.

3) Les commissaires du Gouvernement qui jouent, devant la section du Contentieux du Conseil d'Etat, le rôle de ministère public sont, malgré leur titre, totalement indépendants des pouvoirs publics et ne relèvent que de leur seule conscience.

3° — Les questions d'indépendance et de compétence des juges en France ne présentent, depuis longtemps, aucun caractère d'actualité. L'opinion publique, comme les juristes, les estiment résolus de façon satisfaisante pour les juridictions composées de magistrats de carrière.

Mais, depuis longtemps, certaines juridictions spéciales ont été créées avec des juges occasionnels; elles l'ont été pour des litiges afférents à des matières particulières, dans l'intérêt de catégories déterminées de justiciables, afin de les faire juges par leurs pairs.

Les exemples les plus typiques sont le tribunal de commerce, composé de commerçants et industriels élus par les commerçants et industriels et chargé de trancher les différends commerciaux, et le conseil de prud'homme, composé pour moitié de patrons élus par les patrons, pour moitié de salariés élus par les salariés, auquel incombe le soin de connaître des litiges d'ordre individuel, nés à l'occasion des contrats de travail.

A une époque plus récente, ont été institués, au sein des ordres professionnels des médecins pharmaciens, experts-comptables, architectes, etc... des chambres disciplinaires, juridictions ayant compétence pour infliger des sanctions (pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer la profession) aux membres de leur ordre.

A l'égard de ces juridictions spéciales, le législateur a pris des précautions, soit en prévoyant toujours la possibilité ou d'un appel devant les juridictions normales (Cour d'Appel par le tribunal de commerce par exemple), ou d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat ou à la Cour de Cassation, soit en les faisant présider par un magistrat de carrière (Conseiller d'Etat pour la Section disciplinaire du Conseil National de l'Ordre des Médecins; juge de paix pour le Conseil de Prud'hommes, par exemple).

Il n'en reste pas moins que l'on peut craindre que ces magistrats occasionnels n'offrent pas toujours la compétence juridique, ou même l'impartialité que l'on trouve chez les magistrats de carrière.

Mais, cet inconvénient est relevé par le juriste. Les intéressés ne se plaignent généralement pas, au contraire, d'être soumis au jugement de leurs pairs.

II. — *La procédure juridictionnelle.*

1° — La procédure est, pour le droit privé, réglée avec beaucoup de minutie, par des Codes (Code de Procédure Civile, Code d'Instruction Criminelle).

Ces codes datent de Napoléon 1er; et ils sont un peu anachroniques dans plusieurs de leurs dispositions (des projets de réforme sont d'ailleurs en cours).

Mais ce que l'on peut leur reprocher (surtout en ce qui concerne le Code de Procédure Civile), ce n'est pas l'insuffisance de la protection qu'ils assurent aux justiciables, mais bien plutôt leur formalisme qui apparaît souvent excessif de nos jours.

2° — La procédure est, devant le Conseil d'Etat, déterminée en grande partie par la Jurisprudence du Conseil d'Etat lui-même, et devant les tribunaux administratifs, par la loi du 22 juillet 1889, modernisée en 1953.

Le Conseil d'Etat applique, au titre de "principes généraux du droit", les règles essentielles du Code de Procédure Civile.

3° — Il ne peut être question, dans ce rapport, d'indiquer ces règles.

Nous nous bornerons à citer celles qui sont unanimement considérées comme capitales pour garantir une bonne justice.

a) Le principe le plus important est, sans aucun doute, celui du caractère contradictoire de la procédure, selon lequel toutes les pièces du dossier au vu duquel statuera la juridiction, doivent être connues par les parties en présence, et peuvent avoir été discutées par elles, ou par un mandataire qualifié de leur choix.

On ne conçoit pas en France une juridiction quelconque sans le respect absolu de ce principe.

Parfois la loi qui constitue une juridiction spécialisée, a omis

de préciser que la procédure devant elle serait contradictoire. Mais le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont toujours suppléé à de telles omissions, et imposé avec rigueur à la juridiction en cause l'obligation d'assurer aux parties une procédure de cette nature.

b) Le principe suivant lequel toute décision juridictionnelle doit être motivée, est également regardé comme important.

L'obligation de motiver constitue une garantie indispensable pour le justiciable, garantie qui, seule, en effet, permet à ce dernier de se rendre compte si le tribunal a bien examiné tous ses moyens, et y a répondu de façon pertinente, et, par suite, d'apprécier s'il est opportun pour lui de faire appel ou de se pourvoir en cassation.

c) Le principe d'après lequel toute décision juridictionnelle doit comporter les noms des magistrats qui y ont concouru, apparaît également indispensable pour mettre à même le plaideur de vérifier si la juridiction était composée conformément à la loi, et présentait ainsi toutes les garanties que celle-ci avait établies.

d) En droit public, le Conseil d'Etat a posé le principe capital que les décisions rendues par toutes les juridictions administratives étaient susceptibles d'un recours en cassation devant lui, même quand la loi n'avait pas prévu expressément un tel recours.

De même, le Conseil d'Etat admet que "l'opposition", voie de recours qui permet à un défenseur défaillant lors du jugement rendu contre lui, de demander au tribunal qui a rendu le jugement "par défaut", de se rétracter, existe devant toutes les juridictions, même sans texte la prévoyant.

e) Un tribunal ne peut statuer que sur les moyens qui lui sont soumis par les parties.

Mais il en est autrement quand il s'agit de moyens, dits "d'ordre public", que le juge peut soulever d'office.

Les moyens présentant ce caractère sont, il est vrai, peu nombreux; ils se rattachent essentiellement à la compétence des juridictions, ou des autorités administratives; et aux divers délais de procédure.

SECTION II

Moyens judiciaires offerts aux particuliers.

En droit privé, un particulier peut toujours exercer devant les tribunaux judiciaires une action pour faire respecter ses droits par d'autres particuliers.

Nous n'insisterons pas sur ce point.

Sous l'angle du présent rapport, ce qu'il importe, en effet, d'examiner essentiellement, ce sont les moyens juridictionnels dont disposent les citoyens pour faire respecter par l'État les droits qu'ils tiennent de la loi.

Ces moyens sont au nombre de deux principaux:

1° — L'action en responsabilité contre une collectivité publique;

Cette action est très largement ouverte, mais elle ressemble beaucoup à l'action en responsabilité du droit privé; nous nous bornerons donc à la mentionner.

2° — Beaucoup plus caractéristique du système français est le recours pour excès de pouvoir qui permet à tout citoyen lésé de demander à la juridiction administrative l'annulation pour illégalité de tout acte émanant d'une autorité du pouvoir exécutif.

Nous n'entreprendrons pas l'étude, même sommaire, du recours pour excès de pouvoir, conseillant à cet égard la lecture du professeur Camson: "Executive discretion and judicial control".

Nous donnerons quelques indications sur quatre points:

a) D'abord, quelles sont les personnes susceptibles d'introduire un recours pour excès de pouvoir?

Pour être recevable à le faire, il est inutile de faire valoir un droit; il suffit de justifier d'un intérêt; et la notion d'intérêt est très largement entendue.

Certes, comme l'écrit Alibert (*Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*) "Le recours pour excès de pouvoir n'est pas l'action populaire du droit

romain; les citoyens ne sont pas recevables à se pourvoir dans l'intérêt de la collectivité, à seule fin de faire respecter la règle de droit en général, et de venger la loi violée, ou la morale juridique méconnue.

C'est pourquoi, la simple qualité de citoyen de l'Etat ne suffit pas pour habiliter à former le recours.

Mais on peut dire que toute qualité individualisée donne l'intérêt nécessaire.

Nous citerons quelques exemples:

1. La qualité de contribuable d'une commune, ou d'un département, permet d'attaquer les décisions financières et fiscales prises par l'Assemblée municipale ou départementale.

2. La qualité d'électeur de la commune habilite à déférer les actes relatifs aux élections.

3. Un propriétaire peut former recours contre les décisions administratives de nature à léser ses intérêts de propriétaire.

4. Un commerçant ou un industriel est recevable à se pourvoir contre les actes qui réglementent son commerce ou son industrie, ou d'une manière plus générale, portant atteinte à ses droits.

5. Les fonctionnaires ont intérêt à attaquer les actes concernant leur statut: nomination, avancement; mutation; mesures disciplinaires; mise à la retraite, etc... Les candidats à un concours peuvent déférer les opérations du concours.

6. Les collectivités locales ont intérêt à déférer les actes de l'autorité de tutelle.

Et inversement, l'autorité de tutelle, dans les cas où elle ne dispose pas de pouvoirs particuliers, peut attaquer les actes des autorités locales soumises à son contrôle.

7. Les groupements (associations et syndicats) sont recevables à intenter un recours contre les décisions lésant les intérêts collectifs ou corporatifs dont ils ont la charge.

8. Parfois un simple intérêt moral suffit. Ainsi, un ministre du culte peut se pourvoir contre une décision administrative qu'il estimerait contraire à la liberté de conscience ou des cultes.

b) Le caractère dénué de tout formalisme et très peu coûteux du recours pour excès de pouvoir.

Le recours s'introduit sans autre formalité ou frais que l'obligation de le rédiger sur papier timbré (180 francs la feuille). Il est dispensé du ministère d'avocat. S'il est accueilli, aucun droit n'est perçu.

S'il est rejeté, son auteur doit verser au Trésor un droit de 5.000 francs; et le juge a-t-il encore la faculté de l'en dispenser.

c) A l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, on peut faire valoir uniquement des moyens de légalité, c'est-à-dire le vice de forme; l'incompétence de l'auteur de l'acte; la violation de toute règle de droit (loi; acte administratif; acte juridictionnel; principe général du droit, etc...); le détournement de pouvoir.

Nous dirons quelques mots de ce dernier moyen qui est le plus curieux, car il vise à assurer le respect, non pas tant de la légalité que de la moralité administrative.

Il permet d'annuler un acte pris, en respectant les formes requises et apparemment toutes les règles de droit, par une autorité compétente, parce qu'en prenant cet acte, ladite autorité a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés, c'est-à-dire, dans un but autre que l'intérêt général.

Nous citerons quelques exemples en matière de droits individuels:

1. Le préfet a la police de la salubrité des cours d'eau non navigables (lesquels constituent des propriétés privées): il peut donc ordonner leur curage; mais il détourne ses pouvoirs, si, à propos d'un curage, invoquant des nécessités de salubrité, il prescrit un élargissement du cours d'eau, élargissement qui ne peut être obtenu que par voie d'expropriation.

2. Le Maire commet un détournement de pouvoir, en interdisant aux patrons de taxis de s'adjoindre des employés, car il ne peut se prévaloir, pour justifier cette mesure, de l'intérêt de la circulation.

3. Il en est de même du Maire qui ordonne la fermeture pendant 8 jours d'un cinéma, par le motif que le propriétaire de cet établissement empêchait un pompier de la commune d'assister aux représentations, et compromettrait ainsi la sécurité publique; car il résulte des pièces du dossier que le Maire n'a pas agi, en l'espèce, pour assurer la sécurité publique, mais en réalité, a entendu infliger une sanction.

4. Un Maire détourne également ses pouvoirs de police quand il supprime toute possibilité d'arrêt dans un carrefour de la ville pour les voitures d'une entreprise privée d'autocars, dès lors qu'il a procédé à cette suppression non, comme il l'allègue, dans l'intérêt de la circulation, mais pour favoriser une autre entreprise de transports en commun.

Le grand intérêt du détournement de pouvoir est qu'il permet au juge de ne pas s'en tenir aux apparences, mais de s'assurer de la pureté des intentions de l'auteur de l'acte.

D'autre part, ce moyen peut être invoqué dans tous les cas, même quand l'administration a reçu du législateur un pouvoir, entièrement discrétionnaire. Car ce pouvoir discrétionnaire est limité par la nécessité absolue d'agir dans un intérêt général.

d) Le recours pour excès de pouvoir doit être introduit dans un délai bref (deux mois de la publication ou de la notification de l'acte); car l'intérêt public exige que le sort des décisions administratives ne soit pas tenu trop longtemps en suspens.

Mais deux exceptions importantes doivent être signalées :

1. La première est particulière aux arrêtés réglementaires pris en matière de police administrative.

Quand le délai de recours contre un acte de cette nature est expiré, cet acte est devenu définitif.

Mais si les circonstances qui le justifiaient à l'époque où il a été pris, ont depuis changé, par exemple, si la menace de trouble qui l'avait rendu nécessaire, a disparu, tout intéressé peut demander à son auteur de l'abroger; s'il se heurte à un refus, il sera en droit d'intenter un recours contre ce refus.

2. La seconde est d'ordre général.

Si un acte réglementaire est devenu définitif en l'absence de recours dans le délai légal, son illégalité peut cependant être invoquée au soutien d'un recours dirigé contre une décision prise pour son application ou son exécution, et servira, ainsi, si elle est reconnue par le juge, à obtenir l'annulation de cette décision.

TITRE SECOND

LA SUPREMATIE DE LA REGLE DE DROIT ET LA CONCEPTION INTERVENTIONNISTE DE L'ETAT. (WELFARE STATE). L'ACTION POSITIVE DES SERVICES PUBLICS.

Dans sa conception traditionnelle, la supériorité de la loi implique principalement la sauvegarde de la liberté des citoyens. Elle a donc une signification négative puisqu'il s'agit, avant tout, de limiter les atteintes de l'Etat envers la liberté de chaque individu. Mais l'Etat doit aussi avoir une action positive, il est le facteur essentiel d'une solidarité sociale que traduit bien le Préambule de la Constitution de 1946. La notion juridique qui dominera, dans ce cas, sera moins celle de liberté que celle d'égalité: dans cette conception de l'Etat, celui-ci aura l'obligation d'assurer l'égalité de tous les citoyens, et interviendra, de ce fait, dans des matières que, jusque là, il ne considérait pas comme de son essence, principalement dans le domaine économique et social. En définitive, il s'agit alors de réaliser une conciliation harmonieuse entre la liberté et l'égalité.

1. — La jurisprudence administrative formule un ensemble de règles relatives à l'action positive des services publics. Parmi ces règles, les unes proviennent plus ou moins directement de la loi, et le Conseil d'Etat en assure l'application; les autres sont constituées par des principes généraux du droit. Il en résulte une

théorie générale du comportement des services publics en faveur de l'intérêt général.

1° — Chronologiquement, la première question qui devait se poser est celle-ci: les particuliers ont-ils un droit à la création d'un service public? Il faut ici nettement distinguer les services de l'Etat, et les services des collectivités locales.

A propos des services de l'Etat, le droit à la création d'un service public relève de l'appréciation discrétionnaire du législateur. On conçoit d'ailleurs que l'orientation de l'activité de l'Etat dans tel ou tel domaine, spécialement économique, soit une tâche essentiellement politique. Cependant, la Constitution de 1946 reconnaît aux particuliers un certain nombre de "droits", et l'on pourrait se demander si ces droits peuvent justifier une action demandant la création du service correspondant. Mais on se heurte ici à la suprématie du pouvoir législatif: le droit reconnu par la Constitution n'existe qu'en puissance, et il ne devient effectif que lorsqu'il a été reconnu et régi par une loi qui crée le service public annoncé par la Constitution.

Il suffit, à ce propos, de prendre un exemple très significatif. La Constitution décide que "tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence". Certes, la législation sur le chômage, les retraites, les accidents du travail était même antérieure à cette disposition, mais les droits des intéressés résultaient de cette législation et non de la Constitution. Le principe général qu'elle formulait n'a été matérialisé qu'avec la loi du 30 juin 1956 créant le fonds National de solidarité; à partir de ce moment le droit des intéressés est né.

La situation est différente pour les collectivités locales, car la loi leur impose la création de certains services publics, dits "services obligatoires". Les intéressés ont alors la possibilité de contester, devant le juge administratif, la légalité des décisions refusant d'instituer ces services. Ainsi pour les communes des services sont prévus par l'article 136 de la loi du 5 avril 1884 (police, inhumations, instruction publique, etc...)

2. Les particuliers n'ont donc pas de droit à la création d'un service public, sauf si cette création est imposée par la loi. En revanche, le conseil d'Etat leur a reconnu un droit au fonctionnement du service, un fois ce service créé. Le principe en a été posé dans une affaire célèbre (C. E. 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Segney-Tivoli*, S. 1907 3. 33, concl. Romieu, note Hauriou). La compagnie concessionnaire de tramways avait cessé de desservir une ligne dans un quartier de Bordeaux. Les usagers constituèrent un syndicat pour défendre leurs droits. Il demandèrent à l'autorité préfectorale de mettre la compagnie en demeure de faire fonctionner le service. Le Préfet ayant refusé, les intéressés attaquèrent sa décision devant le Conseil d'Etat. La question essentielle était de savoir si le recours pour excès de pouvoir allait être admis contre cette décision. Le recours ayant été admis, il apparaît donc que les usagers d'un service public sont recevables à attaquer la décision supprimant partiellement le service ou refusant de le faire fonctionner. "Si l'administration, disait le commissaire du gouvernement Romieu, fait un acte positif, violant les droits de usagers, tels qu'ils sont assurés par les textes constitutifs du service public organisé pour eux, ... le recours pour excès de pouvoir est incontestablement ouvert à l'usager pour faire tomber l'acte illégal".

Cette jurisprudence ne s'est pas modifiée depuis 1906. Ainsi, le Conseil d'Etat, plus récemment, a déclaré recevable le recours intenté, par les parents d'élèves d'établissements d'enseignement public, contre la décision supprimant ou réduisant, contrairement à la loi, les services d'aumônerie dans ces établissements (C. E. 1er avr. 1949, *Chauveau*, D. 1939, 531, concl. Gazier, note Rolland).

3. Les particuliers n'ont pas seulement un droit au fonctionnement du service public. Le Conseil d'Etat a décidé également qu'ils doivent tous se trouver dans une situation juridique égale vis-à-vis du service. Le but de l'administration, dans la gestion des services publics, est la satisfaction de l'intérêt général. Toute mesure qui établirait une distinction entre les usagers porterait donc atteinte au but même en vue duquel le service a été créé et

permettra aux usagers lésés d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre la mesure ayant institué, dans le fonctionnement du service, un traitement de faveur ou une exclusion arbitraire.

Cette règle de l'égalité devant le service public, n'a jamais été formulée par un texte mais pourtant est toujours implicitement reconnue par le Conseil d'Etat (C. E. 29 décembre 1911, *Chomel* Rec. p. 1263). Depuis quelques années, le Conseil d'Etat la consacre de façon formelle parmi les principes généraux du droit. Dans un arrêté du 9 mars 1951 (*Société des Concerts du Conservatoire*, Droit Social 1951, p. 368, concl. Letourneur, note Rivero) la Haute Assemblée annule un acte administratif ayant "méconnu le principe de l'égalité qui régit le fonctionnement des services publics" (Cfr. également C. E. 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, S. 1948. 3. 69, concl. Letourneur). De la même manière, le Conseil d'Etat consacre la Règle de l'égalité des citoyens devant les charges publiques (16 décembre 1949, *Simonet*, rec. p. 553), l'égalité devant l'impôt (C. E. 1er avril 1955, *ville d'Arles*, Act. Jur. 1955. II. 237, note Drago), l'égalité devant la réglementation économique (22 mars 1950, *Société des ciments français*, Rec. p. 175); l'égalité dans l'usage des dépendances du domaine public (18 novembre 1949, *Carlier*, S. 1950. 3. 49, note Drago).

Mais la jurisprudence ne se cantonne pas dans une conception trop stricte de l'égalité qui, si elle était appliquée sans nuance, aboutirait finalement à un but inverse de celui qui est recherché par le service. Elle interprète la règle de l'égalité avec souplesse, et admet que des différenciations soient possibles et licites lorsqu'elles sont justifiées par la situation de l'usager par rapport au service, ou lorsqu'il en résulte, pour le service, une contrepartie qui, en définitive, profite à l'intérêt général. Ainsi voit-on le Conseil d'Etat admettre la légalité de tarifs dégressifs pour les gros consommateurs d'électricité (19 mai 1939 *Gughelheim*, R. D. P. 1939, P. 509, concl. Latournerie), des taux différents dans les établissements d'assistance (15 mars 1946, *Odilon Platon*, Rec. p. 79), des taux différents appliqués aux taxes de péréquation quand il s'agit de favoriser une entreprise dans l'intérêt de l'éco-

nomie rationnelle (29 juin 1951, *Syndicat de la Raffinerie de soufre française*, Rec. P. 377).

4. Toutes ces règles montrent, en un mot, que le but du service public consiste dans la satisfaction de l'intérêt général. "Lorsque l'Etat, le Département ou la commune organisent un service public, disait un commissaire du Gouvernement... ..", c'est pour procurer à la collectivité la satisfaction des besoins généraux, auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction imparfaite et intermittente (Conc. Heilbronner, Conseil d'Etat 18 juillet 1913 - *Syndicat national des chemins de fer*, S. 1914, 3. 1., note Hauriou). La jurisprudence précédemment citée montre que toute mesure portant atteinte à l'intérêt général encourra l'annulation de la part du juge administratif. Celui-ci formule dans une véritable éthique du fonctionnement des administrations publiques.

Mais la notion d'intérêt général n'est pas une notion juridique, et le Conseil d'Etat l'a interprétée différemment selon la conception qu'il avait du rôle de l'Etat. Au début du XXème siècle, la notion d'intérêt général est encore appréciée comme coïncidant avec celle de nécessité publique; c'est-à-dire que le Conseil d'Etat l'interprète de façon très étroite, mais conformément aux conceptions du libéralisme économique, selon lesquelles l'Etat doit se garder d'intervenir dans les activités privées (C.E. 4 avril 1916, *Astruc*, S. 1916. 3. 41, note Hauriou).

Depuis la fin de la première guerre mondiale, l'évolution de la jurisprudence devait pourtant être très rapide, le Conseil d'Etat allait justifier, au nom de l'intérêt général, des interventions de plus en plus nettes de l'Etat dans la vie économique, et dans le domaine social. Il est impossible, dans le cadre de ce rapport, d'exposer en détail, la jurisprudence qui retrace cette évolution. Le tournant décisif se situe aux environs de l'année 1933, et, à cette époque, selon la formule de M. Mestre "l'intérêt public absorbe l'intérêt économique". Par exemple, le Conseil d'Etat admet la légitimité de la création d'entreprises par les communes en vue de la régularisation des conditions économiques (Cfr. par exemple C.E. 24 novembre 1933, *Zénard* S. 1934. 3. 105, concl. Detten, note Mestre).

Certes, le Conseil d'Etat consacre toujours, en principe, la liberté du commerce et de l'industrie proclamée par les lois des 2-17 mars 1791. Mais il admet que les collectivités publiques puissent y porter atteinte dès lors que l'intérêt public est en jeu. Un arrêt récent montre nettement qu'il a une conception très souple du libéralisme économique (C.E. 17 juin 1956, *Siméon*, Act. Jur. 1956, II. 89). Dans cette décision, il a admis qu'une commune pouvait décider l'extension du service municipal de fabrication de glace alimentaire: "puisque "cette extension a eu pour objet d'assurer la satisfaction de besoins se rattachant à l'hygiène et à la salubrité publiques, correspondant à ce titre, à un intérêt public, et auxquels il n'était pas suffisamment pourvu, à la date de la délibération contestée, par l'unique producteur privé alimentant la ville..."

La même attitude est adoptée à propos de l'intérêt social qui est, d'après la jurisprudence actuelle, également incorporé à la notion d'intérêt public. Dans l'important arrêt *Naliato* du 22 janvier 1955 (R.D.P. 1955, p. 716, note *Waline*), le Tribunal des conflits décide que "le but d'intérêt social que visent l'Etat et les collectivités administratives en organisant des colonies de vacances, imprime à cette organisation le caractère d'un service public."

Ainsi l'action de l'Etat et des personnes administratives en vue de l'intérêt général, est toujours contrôlée par le Conseil d'Etat. Mais l'intérêt de la jurisprudence actuelle consiste principalement dans ce constant élargissement de la notion d'intérêt général grâce auquel le juge administratif légitime les interventions administratives dans des domaines jusque là réservés à l'initiative privée.

II. — Au cours des années récentes, l'Etat a tendu à associer les particuliers à son action interventionniste.

1° — Tout d'abord, l'autorité administrative a de plus en plus cherché à s'entourer de renseignements, d'avis émanant de personnalités qualifiées avant de prendre ses décisions.

A cet effet, elle constitue auprès d'elle des organismes consultatifs.

Ceux-ci peuvent être composés :

a) soit uniquement de fonctionnaires spécialistes, de techniciens,

b) soit, quand il s'agit d'appliquer le statut des fonctionnaires,

en nombre égal de représentants de l'administration et de représentants du personnel (commissions paritaires),

c) soit en partie de représentants de l'administration, en partie de particuliers, en général membres de groupements représentatifs des intérêts privés en cause.

Ces organismes, appelés conseils ou commissions, sont de plus en plus nombreux.

Nous ne citerons qu'un exemple typique : la contribution des patentes est un impôt perçu au profit des collectivités locales, qui frappe les professions libérales, le commerce et l'industrie; son tarif varie suivant chaque profession, non seulement dans son taux, mais encore dans son mode de calcul.

En 1953 le législateur a voulu rajeunir le tarif existant, qui datait de 1880, et a décidé que le tarif plus moderne appliqué depuis 1945 dans trois départements à titre d'essai, serait étendu à tout le territoire français à compter du 1er janvier 1957.

Mais il a constitué une Commission, chargée d'une part, de fixer les modalités de cette extension, et de proposer les modifications de cette extension, et de proposer les modifications qui s'avèreraient nécessaires; d'autre part, de veiller, dans l'avenir, à la bonne application du nouveau tarif.

Or, cette Commission est composée pour un tiers de parlementaires, présidents de conseils généraux et maires,

pour un tiers de représentants des administrations intéressées,

pour un tiers de représentants des Chambres de Commerce et de différents organismes représentant les professions libérales commerciales, et industrielles.

Elle est présidée par un Conseiller d'Etat.

2° — Parfois, le législateur va plus loin, et prévoit la participation des particuliers à la gestion même des services publics.

Il en est ainsi notamment dans de nombreux établissements publics de caractère industriel et commercial, et notamment dans les entreprises nationalisées où les conseils d'administration comprennent :

un tiers de représentants de l'administration,
un tiers de représentants du personnel,
un tiers de représentants des usagers.

3° — Il est indispensable de noter le rôle important dévolu aux syndicats professionnels pour la représentation du personnel dans ces divers conseils et commissions, et même pour l'organisation du travail.

Ainsi, la loi du 11 février 1950 a prévu qu'à la demande d'une organisation syndicale d'employeurs ou de travailleurs, le Ministre du Travail pouvait provoquer la réunion de commissions mixtes en vue de la conclusion d'une convention collective de travail ayant pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée dans l'ensemble du territoire; ces commissions sont composées des représentants des organisations syndicales.

De même, d'après la même loi, le ministre peut, à la demande des organisations syndicales les plus représentatives, étendre à des non signataires ou à leurs groupements des conventions collectives.

Enfin, la Commission supérieure des conventions collectives comprend 15 membres représentant les syndicats de travailleurs.
