

L'IDENTIFICATION DE L'ACTE ADMINISTRATIF SELON LA RECEVABILITÉ D'UN RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

Yrd. Doç. Dr. Celâl ERKUT(*)

Une étude systématique et générale concernant la notion juridique d'acte administratif selon la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir n'existe pas à notre connaissance. On peut dire que plusieurs études développées par la doctrine française et turque concernant le régime juridique de l'acte administratif sont fort imprécises lorsque le sujet est abordé sous cet angle.

D'autre part, malgré une grande ambiguïté terminologique qui existe à la recherche d'une détermination exacte de l'acte administratif, dans toutes ces études, la majorité de la doctrine vient d'admettre une définition presque identique⁽¹⁾. Selon cette définition, dite traditionnelle, l'acte administratif est une manifestation de volonté qui émane unilatéralement d'une autorité administrative en vue de modifier l'ordonnement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confère⁽²⁾.

Dès que l'on s'attache à la définition traditionnelle, "la théorie des actes administratifs" et "la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir" s'inscrivent en tête de la recherche. Le premier, principe de droit public général, est constitué par la grande théorie des actes juridiques, nous oblige d'examiner les différents caractères des actes de l'Administration. Le second, principe de contentieux administratif, présente et constitue le point essentiel de notre étude pour poser les limites du travail et pour préciser la méthode que l'on va suivre.

(*) Yrd. Doç. Dr. Celâl Erkut, İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesidir.

(1) Restant fidèle à cette définition, certains auteurs préfèrent d'utiliser les termes comme "la décision administrative", "la décision exécutoire" ou bien "l'acte décisoire" au lieu de l'acte administratif. Pour ces auteurs, ce dernier terme est insuffisant pour exprimer les caractères "exécutoire" et "obligatoire" de l'acte.

(2) Pour quelques définitions presque identiques v. Pierre Delvolvé, "L'acte Administratif", Sirey, Paris, 1983, p. 11; P. Lewalle, "L'application des Actes Administratifs Unilatéraux par le Temps", thèse, Liège, 1975, p. 30.; Marcel Waline, "Précis de Droit Administratif", Paris, Montchrestien, 1969, p. 316; Gaston Jèze, "Les Principes Généraux de Droit Administratif", tome: 1, Giard, Paris, 1925, p. 26; Jean Lamarque, "La décision administrative de droit privé", in Mél. Stassinopoulos, Paris, LGDJ., 1974, p. 292; Paul Sabourin, "Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français", RDP. 1971, p. 595. etc.

- Les éléments du problème et délimitation du sujet

D'abord, nous voulons bien préciser que dans cette recherche notre but est d'effectuer une analyse détaillée des différentes catégories d'actes administratifs qui sont susceptibles ou insusceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. Dans ce cadre, à partir de la définition traditionnelle que nous admettons bien que remarquable, il faut déterminer les éléments essentiels du problème. A cet égard, l'acte administratif:

- est tout d'abord un acte juridique
- doit être pris unilatéralement
- doit émettre par une autorité administrative

- a un caractère à la fois exécutoire et obligatoire⁽³⁾. On peut bien voir que tout ces éléments constructifs de l'acte administratif peut donner lieu à un ou plusieurs ouvrages si on les étudie à tous les égards. Pour cela, on tentera seulement de les analyser sous un angle particulier; autrement dit, on va expliquer simplement les relations juridiques qui s'instaurent entre ces éléments de l'acte administratif et l'élément objectif du recours pour excès de pouvoir. Donc, pour aborder l'étude dans ce cadre, d'abord il faut exclure l'élément subjectif du recours pour excès de pouvoir⁽⁴⁾, c'est à dire "l'intérêt pour agir". Et puis l'existence de différentes et plusieurs sortes d'actes administratifs et l'impossibilité d'examiner la situation juridique de chacun d'eux, nous délimite de les indiquer dans des différentes catégories.

- Les difficultés de l'étude

a) La première difficulté concerne les ambiguïtés terminologiques. Pour mieux expliquer les situations et les catégories juridiques des actes de l'Administration, dans la doctrine contemporaine, plusieurs auteurs préfèrent d'utiliser des différents termes dont, en vérité, leurs sens juridiques sont identiques. Notamment, les termes utilisées pour exprimer les différentes phases de la procédure administrative non-contentieuse font apparaître une grande ambiguïté terminologique. En outre, "la décision administrative" et "la décision exécutoire"⁽⁵⁾ sont des expressions qui contiennent les mêmes éléments de la définition traditionnelle de l'acte administratif et il n'y a aucune différence entre eux pour pouvoir être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁽⁶⁾. Pour cela, tout au long de notre étude, nous les considérons dans le même sens.

(3) En droit administratif allemand et suisse, on vient d'admettre que le concept d'acte administratif exprime seulement les actes individuels. A cet égard, le concept d'acte administratif ne concerne pas les actes réglementaires de l'Administration en droit allemand et suisse. V. Pierre Louis **Manfrini**, "Le contentieux en droit administratif économique", in SSJ., fasc. 3, Basel, 1982, p. 373 et s.; **Braibant-Wiener-Questiaux**, "Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens", Cujas, Paris, 1973, p. 57.

(4) Pour cette constatation v. **Bông**, "Décision Exécutoire et Décision Faisant à Grief en Droit Administratif Français", thèse, dactylographiée, Paris, 1960, notamment p. 85, 101, 140.

(5) A notre avis, ce terme qui est créé par le doyen Hauriou et développée par Bông, est assez obscure et lunatique; car il peut y avoir plusieurs sens et créer une grande ambiguïté comme l'indique M. Regourd. V. Serge **Regourd**, "L'acte de Tutelle en Droit Administratif Français", Paris, 1982, p. 466 et s.

(6) En droit administratif suisse, Le Tribunal Fédéral ne fait pas une distinction entre un acte administratif et une décision administrative. V Blaise **Knapp**, "Précis de Droit Administratif", Bâle, 1980, p. 111.

b) Une autre difficulté est sur la présentation du sujet. D'une part, la théorie de l'acte administratif exige et nécessite de discuter sur certains problèmes qui ne sont pas liés directement à notre étude; et d'autre part, nous sommes obligés de ne pas examiner en détail quelques théories qui ont une grande valeur juridique, mais qui concernent seulement une petite partie de notre étude.

Enfin, restant fidèle à la définition traditionnelle, nous étudierons donc: dans une première partie "l'unilatéralité" de l'acte administratif; dans une seconde partie, les notions d'autorité administrative et de la fonction administrative et finalement dans une dernière partie le caractère "exécutoire" de l'acte.

Première Partie: Le manifestation de la volonté dans des actes administratifs.

I. L'acte administratif: Une des catégories de l'acte juridique

L'acte juridique est généralement défini comme une manifestation de volonté visant à provoquer des effets de droit; manifestation nécessaire à la réalisation de ces effets⁽⁷⁾. L'acte juridique est donc l'expression d'un pouvoir dont on peut le déterminer comme "un droit subjectif" en droit privé et "un pouvoir d'Etat" en droit public⁽⁸⁾.

En droit privé, on admet que l'acte juridique est basé sur le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe exprime une certaine façon de concevoir le rôle de la volonté dans la création des droits et obligations: La valeur juridique de l'acte provient directement de la volonté et non de la règle de droit⁽⁹⁾. On peut affirmer qu'alors, en droit privé, les éléments constitutifs de l'acte juridique sont au nombre de deux: la volonté interne d'une part, la déclaration de volonté, d'autre part⁽¹⁰⁾.

En droit administratif, contrairement à ce qui existe en droit civil, il n'existe pas le principe d'autonomie de la volonté. Un agent de droit public n'a pas en principe de liberté de choix en ce qui touche le type juridique de ses actes, ni les buts de son activité, ni les antécédents auquel l'acte doit succéder⁽¹¹⁾. Autrement dit, en droit administratif, la validité juridique des actes s'examine à la lumière d'une notion qui n'est pas le libre pouvoir de création de la volonté, mais au contraire de la règle de "l'orientation" dans le sens de l'intérêt public qui doit se réaliser objectivement c'est à dire en prenant appui sur la réalité et non sur la volonté de l'auteur de l'acte⁽¹²⁾. Donc, ce n'est pas l'auteur de l'acte qui occupera le premier plan, mais bien l'acte lui-même⁽¹³⁾.

(7) Pierre Py, "Le Rôle de la Volonté dans les Actes Administratifs Unilatéraux", Paris, LGDJ., 1976, p.9; V. aussi Siddik Sami Onar, "İdare Hukuku'nun Umumi Esasları" (Les Principes Généraux de Droit Administratif), tome: 1, 1966, p. 274-275; D'ailleurs, professeur Eisenmann précise que cette détermination est la formulation civiliste et qu'on peut définir l'acte juridique par une formule publiciste. A cet égard, les actes juridiques sont des actes qui sont faits en vue de provoquer une modification dans l'ordonnement juridique (V. Charles Eisenmann, "Cours de Droit Administratif", Tome: II, Paris, 1983, p. 188, 344, 680.)

(8) Mukbil Özyörük, "İdare Hukuku Dersleri", (Cours de Droit Administratif), photocopiés, 1972-1973, Ankara, p. 18-19.

(9) Py, op. cit., p. 20.

(10) Py, op. cit., p. 21.

(11) Georges Vedel, "Droit Administratif", Paris, Thémis, 1968, p. 314.

(12) Py, op. cit., p. 22-23.

(13) Jean de Soto, "Contribution à la Théorie des Nullités des Actes Administratifs Unilatéraux", thèse, Paris, 1947, p. 85.

Dans ce cadre, l'acte administratif est tout d'abord un acte juridique⁽¹⁴⁾ et il se réalise par l'unique volonté de l'Administration, sans le consentement des tiers. Alors, l'unilatéralité est le caractère le plus significatif de l'acte administratif pour le distinguer de l'acte juridique.

Après les actes juridiques, certains actes matériels constituent l'autre catégorie des phénomènes juridiques qui se rattachent à la dynamique du droit⁽¹⁵⁾. Dans la masse des actes numains, les juristes ont distingué traditionnellement des actes juridiques et des actes matériels. Ils admettent généralement que les actes juridiques sont des manifestations de volonté intervenant avec l'intention qu'elles produisent une modification dans l'ordonnement juridique et que les actes matériels sont simplement les faits ou bien les actions de l'Administration qui ne sont pas des actes juridiques⁽¹⁶⁾.

Les actes matériels sont des opérations administratives tant matérielles qu'intellectuelles⁽¹⁷⁾. Ces opérations matérielles peuvent avoir des conséquences juridiques, notamment sur le terrain de responsabilité⁽¹⁸⁾ et ils ne peuvent jamais être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Enfin, un agissement matériel peut, à lui seul, être révélateur de l'existence d'une décision antérieure, précisément celle de procéder à un tel agissement. Chronologiquement, la décision n'a peut-être pas précédé l'agissement; formellement, elle ne s'est pas différenciée de lui; mais logiquement un certain comportement volontaire implique préalablement la décision d'adopter ce comportement, c'est à dire un véritable acte administratif. La révélation de cet acte résulte de l'agissement; mais l'existence de cet acte a précédé l'agissement⁽¹⁹⁾. Donc, dans ce cas aussi, seul cet acte peut être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou mieux dire l'objet d'un contentieux administratif.

II. L'unilatéralité de l'acte administratif

A. Identification de l'unilatéralité

1. Définition

Comme l'indiquait M. Dupuis, curieusement, les publicistes n'ont guère réfléchi à ce qu'est l'acte unilatéral et en dehors des travaux conduits par les privatistes et des cours du Eisenmann, aucune étude sérieuse ne semble avoir été entreprise sur ce sujet.

La première approximation qui s'était réalisée par la doctrine classique faisait une distinction entre l'acte unilatéral et l'acte plurilatéral d'après le nombre de leurs auteurs. Par exemple Rolland écrivait que: "l'acte unilatéral correspond à la manifestation de volonté d'une seule personne; l'acte plurilatéral ou collectif est le produit du concours de deux ou plusieurs manifestations de volonté". Il faut dire que cette formulation du critère purement quantitatif était certainement très faible et probablement nulle⁽²⁰⁾. Une telle analyse condui-

(14) Pierre Delvolvé, "L'acte Administratif", Paris, Sirey, 1983, p. 12.

(15) Roger Bonnard, "Précis de Droit Administratif", Sirey, Paris, 1935, p. 41.

(16) Georges Dupuis, "Recherches sur le Régime Juridique de l'Acte Administratif Unilatéral", Cours de doctorat, polycopié, 1975-1976, Paris, Sorbonne, p.3.

(17) Jean Rivero, "Droit Administratif", Paris, Dalloz, 1962, p. 76.

(18) Delvolvé, op. cit., p. 12.

(19) Ibidem., p. 13.

(20) Georges Dupuis, "Les Privilèges de l'Administration", thèse de doctorat, dactylographiée, Université de Paris, 1962, p. 42.

sait en effet à grouper en une même catégorie des actes essentiellement différents, comme les contrats et la loi; en revanche elle séparait arbitrairement des actes foncièrement semblables comme un arrêté ministériel et un arrêté interministériel⁽²¹⁾.

D'autre part certains auteurs, restant fidèle au critère quantitative ont amélioré la définition de l'acte unilatéral. Professeur Rivero vient d'écrire qu' "on distingue l'acte unilatéral qui est l'oeuvre d'une seule volonté soit individuel; soit collective (délibération d'une assemblée) et l'acte bi ou plurilatéral qui se forme par la rencontre de deux ou plusieurs volontés"⁽²²⁾. Ça vaut dire que l'acte unilatéral se caractérise bien par le fait qu'il émane d'une volonté unique mais celle-ci peut être soit individuelle, soit collective⁽²³⁾.

Il est évident que cette nuance permet de corriger certaines conséquences inadmissibles de la première formule.

Sans aucune doute, l'unicité de la volonté est l'indice normal de la nature unilatérale d'un acte. Mais cet indice n'est pas tout à fait suffisant pour bien déterminer le caractère unilatéral de l'acte. D'ailleurs, Martin de la Moutte aussi, pour sa part, estime que le critère quantitatif n'est pas pleinement satisfaisant et l'élément substantiel spécifique à l'acte unilatéral réside dans le fait qu'il comporte une "partie unique". L'acte unilatéral, en définitive, exprime toujours l'intérêt d'une partie unique et c'est ce qui définit son essence⁽²⁴⁾.

A notre avis, cette nouvelle approximation de Martin de la Moutte a fait apparaître la nécessité d'une nouvelle définition que Monsieur Eisenmann vient d'adopter sous une formulation quantitative et qualitative à la fois. Pour Eisenmann, l'acte unilatéral est un acte dont tous les auteurs sont d'un même côté, forment un "camp". Ils sont juxtaposés, ils forment une chaîne, ou bien un collège⁽²⁵⁾. La caractéristique exacte comblera deux éléments: Le premier relatif à la qualité des auteurs (c'est celui qui constitue la caractéristique classique); le second relatif au contenu ou objet de l'opération. Le premier de ces deux éléments correspond à l'épithète "administratif", le second à l'épithète "unilatéral". **L'acte administratif unilatéral sera donc l'acte d'origine purement administrative et qui pose des normes qui ne règlent pas les rapports de leurs auteurs**⁽²⁶⁾.

Par ces définitions qui donnent à la classification un fondement qualitatif, on peut dire que l'acte plurilatéral est l'acte dont les normes règlent les rapports mutuels de ses auteurs; par contre, l'acte unilatéral est l'acte dont les normes ont pour objet de régler les rapports entre des personnes autres que ses auteurs⁽²⁷⁾. Autrement dit, **la position réciproque des auteurs de l'acte et des sujets des normes édictées sont confondus dans le cas de l'acte plurilaté-**

(21) Dupuis, "Recherches sur le régime...", p. 7.

(22) Rivero, op. cit., p. 71-78.

(23) Dupuis, "Les Privilèges...", p. 43.

(24) J. Martin de la Moutte, "L'acte Juridique Unilatéral", Sirey, Paris, p. 42 et s.

(25) Eisenmann, op. cit., p. 202, 688. Après avoir fait une bonne analyse étymologique, l'auteur vient de poser que l'acte unilatéral est celui qui émane d'un seul côté, et l'acte plurilatéral celui qui émane de deux côtés ou plus (v. Eisenmann, op. cit., p. 392).

(26) Ibidem., p. 395.

(27) V. Dupuis, "Les Privilèges...", p. 45.

ral; ils sont différents dans le cas de l'acte unilatéral⁽²⁸⁾. Donc, les auteurs de l'acte unilatéral forment un seul camp (unumlatus)⁽²⁹⁾.

Après toutes ces données théoriques et ces approximations doctrinales, Dupuis, dans sa dernière publication sur ce sujet, vient de donner une définition bien remarquable. Pour lui, l'acte unilatéral est une décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires. En d'autres termes, l'acte unilatéral met des droits et des obligations au compte de ses sujets, actifs ou passifs, indépendamment de leur consentement⁽³⁰⁾.

Et enfin de notre part, l'acte administratif unilatéral est un acte dont la valeur juridique dépend de la seule et unique manifestation de volonté de l'Administration en vue de modifier l'ordonnement juridique.

Mais soulignons que le caractère unilatéral d'un acte n'est pas un monopole d'acte administratif; il n'est pas non plus un monopole du droit public.

Sans aucun doute, les actes de l'Administration qui ne sont pas administratifs c'est à dire les mises en demeures, les actes préparatoires et déclaratifs, les mesures d'ordre intérieur etc. peuvent avoir le caractère unilatéral. Par contre, dans la doctrine française, Hostiou n'est pas d'accord avec nous. Monsieur Hostiou, en critiquant les idées de M. Weber sur l'acte consultatif, écrit qu'un tel acte n'est pas un acte unilatéral au sens véritable du terme parce qu'il ne crée ni droits, ni obligations; il n'a d'ailleurs pas de sujet qui se trouve en position de tiers⁽³¹⁾. On peut dire que selon cet auteur, seuls les actes normateurs peuvent porter le caractère unilatéral. Donc, cela nous paraît inadmissible. Tout d'abord, le caractère "unilatéral" et le caractère "exécutoire" de l'acte sont très différents de l'une de l'autre. Le premier ne concerne que la manifestation de la volonté, et le second détermine les effets juridiques de l'acte. Et, puis, parmi les actes unilatéraux, on peut distinguer deux groupes: "les actes qui ne tendent pas à modifier l'ordre juridique" et "les actes qui modifient l'ordre juridique; c'est à dire les actes unilatéraux normateurs et les actes unilatéraux non-normateurs⁽³²⁾.

Donc, nous pouvons conclure que, l'unilatéralité est seulement une des caractères de l'acte administratif. Les actes unilatéraux non-normateurs ne sont pas des actes administratifs parce qu'ils ne contiennent pas le caractère "exécutoire"; mais il faut bien préciser que cela n'a aucun effet sur le caractère unilatéral de ces actes.

2. Les actes unilatéraux de droit privé

Le droit administratif est essentiellement basé sur l'idée que l'Administration a une prérogative de la puissance publique dont la plus caractéristique est sans doute le privilège de prendre des décisions exécutoires c'est à dire de modifier unilatéralement les situations juridiques des tiers⁽³³⁾.

(28) Ibidem., p. 46; Chapus aussi précise que, lorsqu'on se trouve en présence d'un acte qui a plus d'un auteur, c'est le contenu de l'acte qui est déterminant. Il ajoute que, si l'acte est destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicition, c'est à dire qui sont des tiers par rapport à lui, il est un acte unilatéral. (V. Chapus, "Droit Administratif Général", Paris, 1987, 3ème éd., p. 368).

(29) Ibidem., p. 46; V. aussi Eisenmann, op. cit., p. 202.

(30) Dupuis, "La définition de l'acte unilatéral", in Mél. Eisenmann, Cujas, Paris, 1975, p.205.

(31) Voir R.Hostiou, "Procédure et Formes de l'Acte Administratif en Droit Français", Paris, LGDJ., 1975, p. 55-56.

(32) V. Dupuis, "Recherches...", p.5.

(33) V. İlhan Özyay, "Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma" (L'Etat, Le Régime Administratif et La Protection des Citoyens Par la Voie Juridictionnelle), İstanbul, 1986, p. 149.

En revanche, au contraire du droit administratif, le droit privé est basé sur le postulat d'égalité des particuliers entre eux⁽³⁴⁾. Mais avec Dupuis⁽³⁵⁾, il faut bien remarquer qu'en droit privé aussi, il n'est pas tout à fait exacte de poser l'égalité des particuliers entre eux comme un postulat, même simplement juridique. Puisque l'activité humaine se situe dans des cadres sociaux, les groupes ou mieux dire les collectivités privées peuvent être organisés et hiérarchisés. Donc, les relations individuels qui peuvent être réalisés dans ou hors de ces collectivités peuvent créer des situations juridiques sous réserve du respect de la supériorité c'est à dire sous un autre aspect de la hiérarchie. Ce qu'il faut donc souligner, c'est combien il est faux de croire que l'acte unilatéral est fondamentalement étatique, ou, au moins public. Il existe partout; et, normalement, il disparaît de partout lorsque la "domination de l'homme sur l'homme" tend à s'effacer, ce qui est le cas aussi bien dans la famille que dans l'entreprise et ce qui caractérise d'abord l'Etat évoluant de l'autocratie vers la démocratie⁽³⁶⁾. Dans la famille qui peut être considérée sociologiquement comme une commune primitive, l'exercice de la puissance paternelle qui commande toute la vie future de l'enfant est l'exemple le plus connu et le plus simple pour pouvoir prouver l'existence d'actes unilatéraux dans des relations familiales, donc, dans des relations de droit privé. On peut citer encore tels exemples dans des relations inter-individuelles comme le testament, les renonciations, les retraits, les révocations etc.

On peut conclure qu'auparavant la thèse dominante consistait à faire de l'acte unilatéral un monopole de droit public; mais aujourd'hui la situation n'est plus exactement la même et la doctrine moderne admet que l'acte unilatéral peut exister aussi en droit privé. Sauf, il faut affirmer qu'il n'y a rien en droit privé qui soit comparable à ce qu'est la décision administrative exécutoire; car les actes unilatéraux que font des particuliers n'ont pas une force exécutoire c'est à dire ils ne peuvent pas produire des effets juridiques eux-mêmes, sans un consentement préalable ou ultérieur donné par les intéressés.

B. La distinction entre les actes unilatéraux et les actes plurilatéraux

Nous avons déjà précisé que le nouveau critère qualitatif vient déterminer le caractère unilatéral et multilatéral de l'acte par son contenu. A cet égard, la notion de la "partie" joue un rôle assez important pour cette détermination.

En droit privé, on admet que les parties d'un acte se forment par ceux qui adhèrent à la préparation, l'élaboration de l'acte⁽³⁷⁾. Dans ce sens, pour exprimer les parties d'un acte, on peut utiliser aussi des termes "côtés" ou "campus", dont ils sont synonymes du mot latéral qui dérive du mot latin "latus"⁽³⁸⁾. Sous cet angle, il faut souligner que les particuliers qui forment les parties d'un acte sont les auteurs ou bien les co-auteurs de l'acte; mais ils peuvent être aussi, en même temps, les intéressés de l'acte. En revanche, les intéressés qui ne forment pas une des parties de l'acte, ne peuvent pas être aussi l'auteur ou co-auteur de cet acte; ils demeurent étrangers à l'acte, donc, dans ce cas, ils ne sont que des tiers.

(34) V. Christian Lavielle, "L'évolution de la Conception de la Décision Exécutoire en Droit Administratif Français", thèse, dactylographiée, Toulouse, 1974, p. 17.

(35) Dupuis, "Les Privilèges...", p. 66.

(36) Dupuis, "Définition...", p. 209.

(37) Robert Marquant, "L'Etat Civil et l'Etat des Personnes", Paris, Editions Masson, 1977, p. 37.

(38) V. Eisenmann, op. cit., p. 202, 203, 688.

Alors, d'après toutes ces remarques on peut dire que l'acte unilatéral est celui qui émane d'un seul côté et l'acte plurilatéral celui qui émane de deux côtés et plus⁽³⁹⁾. Autrement dit, un acte est unilatéral si ses intéressés ne forment pas en même temps une "partie" de cet acte.

1. Classification des actes administratifs unilatéraux

Les actes administratifs unilatéraux sont des actes qui peuvent avoir une valeur juridique par la seule et unique volonté de l'Administration; mais cette volonté unique peut émaner d'une ou de plusieurs personnes qui présentent l'autorité administrative. Donc, l'unicité de cette volonté n'est pas liée au nombre des personnes qui la forment, mais, au contraire, à la notion de "partie". A cet égard, la pluralité d'auteurs n'est pas pour autant incompatible avec l'unilatéralité de l'acte⁽⁴⁰⁾. Dans ce cadre, les actes administratifs unilatéraux adoptés par un seul agent c'est à dire qui ne comportent qu'une unique signature, ont une caractère "monocratique" et par contre ceux qui sont élaborés par plusieurs agents ou organes de l'Administration ont évidemment une caractère "collégial".

a) Les actes monocratiques

L'unilatéralité de l'acte administratif apparaît avec évidence lorsqu'il est adopté par un agent unique, ne comportant notamment qu'une unique signature. Tel est le cas par exemple d'un arrêté ministériel, d'un arrêté préfectoral, d'un arrêté municipal: Le ministre, le commissaire de la République ou le maire sont, selon le cas, les seuls auteurs de l'acte⁽⁴¹⁾.

Evidemment, dans la chaîne de la hiérarchie administrative on peut bien citer plusieurs agents qui ont le pouvoir de prendre une décision administrative, monocratiquement. Dans ce cas, l'unilatéralité de l'acte est liée à l'unicité de son auteur⁽⁴²⁾ et un tel acte a un caractère monocratique.

b) Les actes collégiaux

Au contraire des actes monocratiques, les actes collégiaux sont des actes qui se forment par la volonté de plusieurs agents ou organes de l'Administration. Dans ce cas, la volonté d'un seul agent n'est pas suffisant pour que l'acte peut avoir une valeur juridique⁽⁴³⁾.

Les actes collégiaux se divisent en deux groupes: les actes collectifs et les actes-unions. Sous l'influence de droit privé et surtout en restant fidèle au critère quantitatif, la doctrine classique et notamment Bonnard⁽⁴⁴⁾ les examine sous le titre de différentes catégories d'actes plurilatéraux⁽⁴⁵⁾. Cela nous paraît bien inadmissible, car comme nous avons déjà indiqué, la pluralité d'auteurs d'un acte administratif ne remet pas en cause l'unicité de volonté.

(39) Ibidem., p. 392.

(40) Delvolvé op. cit., p. 14.

(41) Id.

(42) Id.

(43) Özey, op. cit., p. 108.

(44) V. Bonnard, op. cit., p. 38-39.

(45) Malgré qu'ils affirment que ces actes sont unilatéraux, les professeurs Onar et Özyörük aussi viennent de suivre la méthode de Bonnard. Voir Onar, op. cit., p. 352-353; Özyörük, op.cit., p. 39.

b₁- Les actes collectifs

La manifestation de volonté peut se présenter sous la forme d'un acte collectif; dans ce cas l'acte est l'oeuvre de plusieurs volontés qui se mettent d'accord pour vouloir le même objet et poursuivant le même but pour obtenir le même résultat final⁽⁴⁶⁾. Dans ce cadre, les actes collectifs sont des actes qui sont émanés par la volonté de plusieurs personnes qui forment, en réalité, un seul organe administratif.

Alors, il faut souligner que l'acte adopté par un organe collégial, reste l'acte d'une seule autorité⁽⁴⁷⁾. Dans ce cas, ce qui est déterminant c'est que les auteurs de l'acte agissent tous au nom de la même personne juridique: par et au-delà de chacun d'eux, c'est une seule et même personne qui commande; l'acte résulte d'une volonté unique⁽⁴⁸⁾. Il en est ainsi des arrêtés du conseil des ministres, les décisions d'un conseil général, d'un conseil municipal etc.

b₂- Les actes-unions

La doctrine classique admet que l'acte-union est la manifestation de volonté émanant de deux ou plusieurs personnes qui visent le même objet mais qui ne poursuivent pas le même but (résultat final cherchée par la réalisation de l'objet de l'acte)⁽⁴⁹⁾. Sous cet angle, Duez et Debeyre viennent de souligner que le mariage est un véritable exemple de l'acte-union en droit privé, et ils ajoutent que, dans ce cas, les parties à l'acte poursuivant le même objet, la même modification à l'ordonnement juridique: placer sur leur tête le statut légal des gens mariés; mais le but poursuivi par chacune d'elles en se mariant n'est pas évidemment d'une identité nécessaire⁽⁵⁰⁾. Et puis Bonnard, Onar et Özyörük affirment que l'admission d'un nouveau membre dans une association est l'exemple le plus classique de l'acte-union⁽⁵¹⁾.

Par ces exemples cités, on peut voir clairement que la doctrine classique reste sous l'influence de droit privé et admet que le mécanisme de l'acte-union implique un accord de volonté qui consiste en ce que l'une offre l'objet prévu et l'autre l'accepte⁽⁵²⁾. Cela, est bien inadmissible. Sinon, on doit admettre que l'acte-union est, au moins une convention; car la convention désigne tout accord de volonté sur un objet d'intérêt juridique⁽⁵³⁾.

De notre part, nous ne sommes pas d'accord avec la doctrine classique. Tout d'abord, la définition classique de l'acte-union est fort imprécise. Il faut bien remarquer que, contrairement au droit privé, en droit public l'acte union est un acte unilatéral dont on n'a pas besoin

(46) Guy Debeyre, "Recours pour excès de pouvoir et le contrat", RDP. 1938, p. 217; voir également Bonnard, op. cit., p. 39 et Onar, op. cit., p. 352.

(47) Delvolvé, op. cit., p. 14.

(48) Ibidem., p. 15

(49) V. Duez et Debeyre, "Traité de Droit Administratif", Paris, 1952, p. 194; voir également Debeyre, op. cit., p. 218 et Bonnard, op. cit., p. 39.

(50) Duez et Debeyre, op. cit., p. 194.

(51) Bonnard, op. cit., p. 39; Onar, op. cit., p. 352; Özyörük, op. cit., p. 39. Selon ces auteurs, les deux volontés en présence ont le même objet mais le but poursuivi est différent parce que les intérêts sont différents. L'association veut se développer et se renforcer et le nouvel associé veut profiter des avantages de l'association.

(52) V. Bonnard, op. cit., p. 39.

(53) En revanche, le contrat, est plus spécialement un accord de volonté en vue de faire naître des obligations. Voir Gabriel Marty-Pierre Raynaud, "Introduction Générale à l'Etude du Droit", tome: I, Sirey, 1972, Paris, p. 273.

du consentement ou bien de l'accord des tiers pour la réalisation de l'acte. Et puis la différence entre l'acte-union et l'acte collectif apparaît seulement dans la phase de l'élaboration de l'acte, c'est à dire dans la formation de la volonté. En revanche, les manifestations de volonté ont le même objet et poursuivent le même but pour obtenir le même résultat final, dans tous les deux cas. Donc, pour nous, en droit public, l'acte-union est un acte qui se forme par l'union des volontés de différents organes administratifs qui se mettent d'accord en vue de former un seul acte.

Curieusement, la doctrine française contemporaine reste indifférent à ce sujet, et en revanche dans la doctrine turque, c'est professeur Özay, qui la première fois aborde le problème d'une manière différente. Par la théorie de l'acte-union qu'il vient améliorer, Özay explique d'abord l'unilatéralité de l'acte - union et puis en critiquant la doctrine classique, il admet deux catégories d'actes-unions dont l'une au sens large et l'autre au sens étroit⁽⁵⁴⁾. Précisons que Monsieur Özay, en abordant l'acte-union au sens large du terme⁽⁵⁵⁾, ne donne pas une définition exacte mais il vient de souligner remarquablement les éléments constitutifs de notre définition en citant l'exemple d'un arrêté interministériel.

D'autre part, dans la doctrine française, professeur Delvolvé, sans faire une remarque sur la théorie de l'acte-union, précise que, "lorsque le concours de volontés de deux personnes distinctes est destiné non pas à régir leurs rapports réciproques mais à produire des effets sur les tiers sans leur consentement; l'acte doit être considéré comme unilatéral"⁽⁵⁶⁾. Ensuite, il ajoute que l'acte peut être plurilatéral dans son adoption, n'en est pas moins unilatéral pas ses effets: pour ceux qui en sont atteints, il résulte d'une volonté à laquelle ils n'ont pas eu de part⁽⁵⁷⁾. Tel est le cas d'un arrêté adopté par deux maires pour réglementer la circulation sur une voie qui sert de limite à leurs deux communes: cette réglementation doit être adoptée soit par deux arrêtés distincts mais identiques, soit par un arrêté conjoint⁽⁵⁸⁾. Le second n'est pas moins unilatéral que les premiers. Tel est aussi le cas des clauses des conventions qui sont destinées, non pas à régler les relations des deux parties, mais à déterminer la situation des administrés⁽⁵⁹⁾.

Après toutes ces remarques, nous pouvons définir l'acte-union que **c'est un acte dont son adoption est réalisé par l'union des volontés de deux ou plusieurs autorités ou organes de l'Administration qui sont destinées à produire des effets sur les tiers sans leur consentement.**

Donc, on peut conclure que, les actes collégiaux, soit l'acte collectif et soit l'acte-union, sont des actes unilatéraux et ils peuvent bien être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir à condition qu'ils impliquent aussi les autres éléments de la définition traditionnelle.

(54) Özay, op. cit. p. 182-184.

(55) Mais, l'auteur, en abordant la théorie de l'acte-union au sens étroit du terme, vient de confondre la formation de la volonté et l'élaboration de l'acte (V. Özay, op. cit., p. 182-183).

(56) Delvolvé, op.cit., p. 15

(57) Id.

(58) Id.; voir également note de Bélanger, sur C.E. "Commune de Champagne-de-Blanzac, AJDA-1981, p. 103.

(59) Id.

2. Les actes plurilatéraux

Les actes plurilatéraux sont des actes ordinaires qui se manifestent dans l'ordre juridique sous le nom des contrats. Les contrats sont des actes juridiques qui se forment par un accord de volonté de plusieurs personnes et qui régulent les rapports mutuels de ses auteurs. Dans le domaine de droit public, parfois les activités de l'Administration peuvent être exécutées par les contrats.

Les contrats de l'Administration et les actes détachables d'un contrat

Ces contrats sont au nombre de deux: les contrats administratifs et les contrats de droit privé dont soit l'un soit l'autre ne peuvent pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Le recours pour excès de pouvoir a pour domaine le contentieux de la légalité des actes administratifs et vise au contrôle de leur illégalité au moyen de l'annulation. Il y a illégalité pour un acte quand cet acte comporte une violation des conditions de la légalité qui lui sont imposées, c'est à dire violation des dispositions du droit objectif qui le concernent. Car c'est le droit objectif qui, est constitué par les règles de droit générales et impersonnelles, forme les sources de la légalité. Et seuls les actes-règles formulent une règle de droit⁽⁶⁰⁾. En revanche, le contrat n'est pas une règle de droit dont la violation puisse constituer, par elle-même, l'excès de pouvoir, qui ne peut jamais être que la violation d'une règle de droit objectif⁽⁶¹⁾. A cet égard, le Conseil d'Etat aussi n'a pas assimilé la violation du contrat à la violation d'une règle de droit⁽⁶²⁾. Donc, ni le contrat, ni les mesures prises pour son exécution ne peuvent faire l'objet du recours pour excès de pouvoir: le juge du contrat, saisi par un recours de pleine juridiction⁽⁶³⁾ est seul compétent pour l'ensemble du contentieux proprement contractuel. Le principe se trouve cependant nuancé par la théorie dite de l'acte détachable. Au cours de la procédure d'élaboration du contrat, un certain nombre de décisions prises par l'autorité administrative, par exemple la délibération du conseil municipal autorisant le maire à passer le contrat, ou les décisions de la commission d'adjudication sont considérées comme ayant, par rapport au contrat qu'elles préparent, une individualité⁽⁶⁴⁾; elles se détachent de lui, et peuvent à ce titre faire l'objet du recours pour excès de pouvoir⁽⁶⁵⁾.

Aujourd'hui, en droit français, la jurisprudence traditionnelle vient de permettre le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat et notamment la décision de signer le contrat⁽⁶⁶⁾.

(60) Debeyre, op. cit. p. 235-236

(61) P.F. Gonidec, "Contrats et recours pour excès de pouvoir", RDP. 1956, p.61.

(62) Debeyre, op. cit., p. 238.

(63) En droit Turc, le juge du contrat est saisi par un recours du contentieux proprement contractuel mais qui n'est pas tout à fait un recours de pleine juridiction.

(64) En France, la loi du 2 mars 1982 permet au représentant de l'Etat, dans sa fonction de contrôle des collectivités locales, de demander au tribunal administratif d'annuler ceux de leurs contrats qui seraient entachés d'illégalité.

(65) J. Rivero, "Droit Administratif", 11^{ème} édit., Dalloz, Paris, 1985, p. 250-251.

(66) J.M. Auby, note sur C.E. "Département de l'Eure", RDP. 1985, p. 1691.

D'autre part, les quasi-contrats et les contrats-types aussi sont des actes plurilatéraux qui forment des différentes catégories des actes juridiques dont l'intervention de l'Administration peut se réaliser unilatéralement dans des différentes phases de ces actes. Il faut souligner que dans tout les deux cas, les actes administratifs unilatéraux qui peuvent être détachés de tels actes peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

D'ailleurs, les cahiers de charges qui sont analysés par la doctrine comme des actes mixtes ou bien comme des actes "mi-contractuel, mi-réglementaire"⁽⁶⁷⁾, sont, en réalité, des actes prototypes préparés unilatéralement par l'Administration. Donc, avant que les co-contractants mettent leurs signatures, c'est à dire leurs accords, les cahiers de charges et ses annexes doivent être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Enfin, en droit français, la notion d'acte détachable devint de plus en plus large: est aujourd'hui considéré comme détachable tout acte antérieure à la conclusion définitive du contrat, y compris l'acte par lequel l'autorité administrative décide ou refuse de passer ou d'approuver le contrat, et cela alors même qu'il s'agirait d'un contrat de droit privé⁽⁶⁸⁾. Mais, avec l'arrêt "Martin" du Conseil d'Etat⁽⁶⁹⁾, il faut préciser que l'annulation de tels actes demeure sans incidence direct sur le contrat lui-même.

III. Les modes d'expression de la volonté

La manifestation de volonté ne doit revêtir aucune forme spéciale; elle peut être expresse ou implicite, écrite ou verbale. Elle peut même résulter du silence de l'Administration⁽⁷⁰⁾.

L'acte administratif se présente très généralement sous la forme d'un acte écrit. Mais, dans de nombreux cas, et notamment dans la chaîne de la hiérarchie administrative, un acte peut prendre la forme verbale et peut être en même temps constitutive d'un acte normateur c'est à dire un acte que l'on peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'acte administratif peut être aussi gestuel ou mécanique: par exemple il peut se présenter sous la forme d'un télex⁽⁷¹⁾ ou bien sous la forme d'un carton jaune ou rouge utilisé par l'arbitre dans les matchs de foot. etc.

D'ailleurs, la volonté de l'Administration peut être exprimée aussi implicitement. Logiquement, lorsque l'Administration ne répond pas à une réclamation ou à une demande de l'administré, il n'y a pas de manifestation de volonté et conséquemment pas d'acte juridique; mais c'était là un moyen trop facile pour l'Administration d'échapper au recours⁽⁷²⁾.

Pour cela, les dispositions qu'on a admis par le législateur viennent de régler que: le silence gardé par toutes les autorités administratives pendant un délai précis (quatre mois en

(67) Pour ce terme voir André de Laubadère-Venezia-Gaudemet, "Traité de Droit Administratif", 9ème édit., 1984, Paris, LGDJ., p. 406.

(68) V. Long-Weil-Braibant, "Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative", Paris, Sirey, 5ème édit., 1969, p. 66.

(69) Ibidem., p. 64. et s.

(70) Duez-Debeyre, op. cit., p. 340.

(71) V., C.E. "Syndicat national de l'enseignement supérieur", RDP. 1979, p. 557.

(72) Duez-Debeyre, op. cit., p. 340.

droit français et deux mois en droit turc) vaut un silence-refus qui correspond à ce que l'on appelle traditionnellement une "décision implicite de rejet". Précisons que cette solution a une grande importance pratique et elle permet et crée ainsi la possibilité d'un recours contentieux. De cette manière toute requête est réputée rejetée dès lors qu'il n'y est pas répondu dans un délai précis et un recours contentieux peut être intenté contre cette décision implicite dans le délai habituel du recours pour excès de pouvoir⁽⁷³⁾.

Mais, cela n'est qu'un principe et exceptionnellement le silence de l'Administration peut être aussi une décision implicite d'acceptation.

Sous cet angle, pour qu'une décision implicite d'acceptation existe, il faut qu'on la détermine expressément dans des réglementations. Sinon, le silence de l'Administration vaut en principe un refus. Enfin, il faut bien remarquer que dans ces deux cas, un simple "écoulement de délai" fait apparaître une véritable décision qui est soumise au contrôle de légalité externe et interne, c'est à dire une décision qui peut être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Donc, c'est ce qui est important pour notre étude.

Alors, on peut conclure qu'il n'y a aucune différence entre les décisions explicites et les décisions implicites pour pouvoir être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La Conclusion de la Première Partie

Les problèmes juridiques que l'on vient de poser par la doctrine à propos des actes unilatéraux sont devenus moins importants avec l'apparence du nouvel critère qualitatif en vue de déterminer exactement l'unilatéralité de l'acte.

Par les principes que le critère qualitatif vient de préciser, tout d'abord l'unilatéralité de l'acte apparaît avec évidence et cela nous permet de bien connaître la relation entre l'acte et ses destinataires. Et puis on peut bien observer que l'unilatéralité d'un acte est le caractère le plus important pour déterminer les actes qu'on peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Même dans des cas de contrats ou de conventions, le caractère unilatéral joue un rôle plus important que celle de la théorie des actes détachables pour que ces derniers soient susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir.

La deuxième partie: L'Autorité Administrative

I- L'identification de l'autorité administrative

Caractérisant l'acte administratif unilatéral, Stassinopoulos indiquait qu'il constitue "une déclaration de volonté émanant d'un organe administratif⁽⁷⁴⁾ et pour éviter toute ambiguïté sur la notion d'organe administratif, il précisait que tels sont les organes intégrés dans la hiérarchie administrative c'est à dire dans le système des autorités qui détiennent, dans l'Etat, l'exercice du pouvoir exécutif. A cet époque, il était incontestable que l'acte administratif se définissait par un critère organique: l'auteur de l'acte devait posséder la qualité d'autorité administrative⁽⁷⁵⁾.

(73) Georges Dupuis, "La présentation de l'acte administratif", in *Sur La Forme et La Procédure de l'Acte Administratif*, études coordonnées par Dupuis, Economica, Paris, 1979, p. 14

(74) Stassinopoulos, "Traité des Actes Administratifs", 1954, Athènes, p. 41.

(75) Lachaume, "Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire émanant d'organismes privés gérant un service public administratif", in *Mél. Stassinopoulos*, Paris, LGDJ., 1974, p. 95.

Mais aujourd' hui le critère organique n'est pas suffisant pour déterminer l'acte administratif. On peut même dire que le critère des actes administratifs n'est plus un critère organique, mais par contre un critère fonctionnel.

La jurisprudence administrative se réfère, pour apprécier la nature juridique des actes de portée individuelle ou à caractère réglementaire, à deux critères: critère organique c'est à dire la nature publique ou privée de la personne physique ou morale qui a accompli l'acte visé et le critère matériel, c'est à dire l'objet assigné à l'acte, soit l'exécution d'un service public administratif, soit l'exercice d'une activité privé⁽⁷⁶⁾.

Les actes émis par des personnes publiques ou par des personnes privées investies d'une mission de service public sont de nature administrative dès lors qu'ils ont pour objet l'exécution d'un service public administratif⁽⁷⁷⁾.

Dans ce cadre, deux directions prises par la jurisprudence ont amené une véritable dénaturation de la notion de décision administrative, et par conséquent de celle d'autorité administrative: en acceptant la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions n'émanant pas d'autorité administrative au sens strict et en refusant à l'inverse la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative émanant d'une autorité administrative alors qu'il ne s'agissait ni de mesures d'ordre intérieur ni d'actes de gouvernement, la jurisprudence administrative posait de délicats problèmes de contours de la notion de décision administrative et de celle d'autorité administrative⁽⁷⁸⁾.

Sans aucun doute cette évolution jurisprudentielle nous exige d'aborder la notion d'autorité administrative, non seulement par le critère organique mais par la combinaison des critères qui existent dans l'ordre juridique en vue de déterminer l'acte administratif. Le critère organique s'attache à l'organe qui a adopté l'acte, à son auteur⁽⁷⁹⁾. Selon ce critère, tous les actes qui sont émanés par des organes administratifs, c'est à dire par des autorités administratives, doivent être considérés comme actes administratifs et seuls de tels actes sont susceptibles d'être attaqués en annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Il faut dire que le critère organique est capital de distinguer les actes formellement administratifs des actes de nature formellement différente, par conséquent de préciser le critère des organes administratifs en les opposant d'une part aux autres organes de l'Etat, d'autre part aux organismes privés⁽⁸⁰⁾. Donc, à cet égard, lorsqu'un acte émane d'un organe administratif, il est présumé être lui-même administratif. Faute de contre-indication c'est ce qui permet au juge d'affirmer qu'il est en présence d'un acte administratif⁽⁸¹⁾.

(76) Yves Saint-Jours, "De la nature juridique des actes unilatéraux accomplis et des conventions conclues par les organismes de sécurité sociale", in JCP. 1983/3113-7.

(77) Id.

(78) Paul Sabourin, "Recherches sur la Notion d'Autorité Administrative en Droit Français", Paris, LGDJ. 1966, p. 9.

(79) Delvolvé, op. cit., p. 30.

(80) De Laubadère, Venezia, Gaudemet, op. cit., p. 240.

(81) Delvolvé, op. cit., p. 48.

Cette présomption d'"administrativité" qui découle des critères organiques et formels est bien évidente et précise lorsque l'acte est pris sous une forme administrative. Mais, enfin ce n'est qu'une présomption; et pour la détermination d'un acte administratif et par conséquent de celle d'autorité administrative, le critère organique n'est pas suffisant.

D'autre part, le critère matériel souligne les rapports de l'acte avec l'ordonnement juridique c'est à dire les effets que l'acte est susceptible de produire⁽⁸²⁾. Il permet de faire une distinction entre les actes réglementaires et les actes individuels de l'Administration dont les premiers sont toujours susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir même s'ils sont faits dans le domaine de droit privé. Pour cela, l'intérêt du critère matériel est certes moins grand en France et en Turquie que dans d'autres systèmes juridiques, par exemple en Suisse et en Allemagne où seuls les actes individuels sont traités comme des actes administratifs qui peuvent être attaqués directement par un recours contentieux⁽⁸³⁾.

Dans ce cadre, il faut bien préciser que le critère matériel est moins important que le critère organique et formel pour la détermination de nature "administrative" de l'acte et par conséquent de l'autorité.

A cet égard, c'est exactement le critère fonctionnel qui est déterminant. Selon le critère fonctionnel, l'acte administratif est l'acte relevant du droit administratif. Il vaut mieux dire que ce critère se ramène à l'application au domaine des actes, des critères plus généraux qui commandent le partage des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, critères qui combinent, en gros, les données organiques, l'idée de service public et celle de gestion publique⁽⁸⁴⁾.

Soulignons que par ce dernier critère, l'acte se caractérise ni par son contenu, ni par son auteur mais au contraire par son régime.

Donc, c'est l'acte qui qualifie l'autorité, et on peut dire par là qu'il n'y a pas d'autorités administratives par nature, mais des autorités qui font des actes administratifs. Alors, les autorités administratives sont les autorités qui font des actes administratifs unilatéraux⁽⁸⁵⁾.

Dans ce cadre, en droit français, par un principe de l'ordonnance du 31 juillet 1945, on a admis que: "Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes de diverses autorités administratives". A part de cette réglementation et de la jurisprudence concernant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, il faut bien remarquer qu'"un organisme est une autorité administrative, si le recours pour excès de pouvoir est accepté contre une décision de cet organisme" ou il vaut mieux dire que "si l'organisme est une autorité administrative, il peut alors prendre des décisions susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir"⁽⁸⁶⁾.

(82) Voir Delvolvé, op. cit., p. 59.

(83) Voir A. Fischer, "La justice administrative allemande", RDP. 1968, p. 1052.

(84) De Laubadère-Venezia-Gaudemet, op. cit., p. 252.

(85) F. Paul Bénoit, "Le Droit Administratif Français", Paris, Dalloz, 1968, p. 513.

(86) Sabourin, op. cit., p. 373.

Après toutes ces remarques, nous pouvons dire que le critère fonctionnel joue un rôle plus important que d'autres critères pour la détermination de l'acte administratif. A cet égard, même si on part du critère organique, ce n'est pas la notion d'autorité administrative mais le critère fonctionnel et par conséquent la notion de la "fonction administrative" qui qualifie l'acte qu'on peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La fonction administrative est considérée traditionnellement comme l'une des trois fonctions de l'Etat, les deux autres étant la fonction législative et la fonction juridictionnelle. On s'accorde à entendre ces fonctions de l'Etat au sens de fonctions juridiques et non au sens commun de tâches ou attributions. Les fonctions de l'Etat sont ainsi définies d'après la nature juridique des actes accomplis pour le réaliser c'est à dire respectivement les actes législatifs, administratifs, juridictionnels. La définition de l'acte administratif commande donc celle de la fonction administrative⁽⁸⁷⁾.

A. Les Actes émanant de l'Organe Exécutif

Comme nous avons déjà souligné, les actes émanant de l'organe exécutif, c'est à dire d'un organe de l'appareil Administratif, ont une présomption d'"administrativité". Mais sans aucun doute, même s'ils sont accomplis par les organes administratifs, les actes qui ne concernent pas la fonction administrative c'est à dire qui ne se rattachent pas à l'organisation ou à l'exécution du service public et qui ne constituent pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique, ne peuvent pas être considérés comme des actes administratifs. Alors, il faut d'abord expliquer la notion de la fonction administrative.

L'Administration comporte un aspect organique et un aspect fonctionnel. Le premier recouvre l'ensemble des structures aménagées autour ou à partir de l'exécutif, selon des liens qui peuvent être plus ou moins étroits. Le second désigne des activités destinées à la satisfaction de besoins d'intérêt général, conçus plus ou moins largement selon les endroits et selon les moments⁽⁸⁸⁾. D'ailleurs, la fonction administrative, au sens négatif du terme, est une fonction publique qui n'est ni législative, ni juridictionnelle et ni gouvernementale⁽⁸⁹⁾.

Dans ce cadre, la fonction administrative concerne tous les activités publiques qui sont ni législative, ni juridictionnelle et ni gouvernementale, et qui sont destinées à la satisfaction de besoins d'intérêt général dans une continuité actuelle⁽⁹⁰⁾.

Alors, on peut dire que le critère fonctionnel et par conséquent la fonction administrative relie l'acte administratif aux deux principes fondamentales du droit administratif: celle de puissance publique et celle de service public. Donc, il vaut mieux dire que d'une part l'acte administratif et d'autre part l'autorité administrative se déterminent par référence au critère de la puissance publique et à celui du service public.

A l'époque où il existait la prédominance du critère organique, il n'était pas concevable qu'un acte unilatéral édicté par un organisme privé, dans la gestion d'une mission de

(87) De Laubadère-Venezia-Gaudemet, *op. cit.*, p. 237.

(88) Voir Delvolvé, *op. cit.*, p. 18.

(89) Lûtfi Duran, "İdare Hukuku Ders Notları (Les Cours de Droit Administratif)", İstanbul, 1982, p. 2.

(90) Voir Özyay, *op. cit.*, p. 117.

service public, puisse posséder un caractère administratif⁽⁹¹⁾; mais à partir de l'évolution du critère fonctionnel et par conséquent des principes qu'on a admis par le critère du service public et celle de la puissance publique, la doctrine et la jurisprudence viennent d'admettre que de tels actes peuvent posséder le caractère administratif.

Même ce n'est pas le lieu ici d'entreprendre une étude approfondie de ces deux notions, il faut au moins remarquer que soit l'une et soit l'autre jouent un rôle très important pour la détermination du caractère administratif de l'acte et notamment à propos des actes des organismes privés.

Sous cet angle, par définition, lorsqu'un acte émane d'une personne privée, il manque les critères organiques et formels qui servent, pour les actes des personnes publiques, à présenter leur caractère administratif. La présomption que déterminent ces critères se trouve ici inversée: à priori un acte d'une personne privée ne constitue pas un acte administratif⁽⁹²⁾. Mais cette présomption peut-être écartée: les critères fonctionnels peuvent faire apparaître des actes administratifs. Ainsi le domaine privé, qui relève en principe du droit privé, peut être le siège de services administratifs; les rapports de droit privé peuvent également donner lieu à l'accomplissement d'un service administratif. Les actes pris pour l'exécution de ces services sont donc administratifs⁽⁹³⁾.

Depuis 1946, dans la jurisprudence administrative on admet qu'un organisme de droit privé peut édicter des actes administratifs unilatéraux. A cet égard, le Conseil d'Etat, dans ses célèbres arrêts (par exemple: "Magnier", "Monpeurt", "Morand" etc.), vient de confirmer qu'un acte unilatéral pris par un organisme privé gérant un service public administratif et exerçant une prérogative de puissance publique, doit être considéré comme "administratif".

En revanche, les actes unilatéraux individuels de droit privé, réalisés par l'Administration, ne peuvent pas être considérés comme des actes administratifs. Cela est bien précisé par Monsieur Lachaume, dans une étude remarquable. L'auteur vient d'étudier ces actes sous le nom de "la décision administrative de droit privé" et il souligne qu'on peut les définir comme des actes formellement administratifs ayant un objet de droit privé concernant l'état des personnes, voire la liberté individuelle⁽⁹⁴⁾. La décision administrative de droit privé est donc un acte de droit privé. Cet acte est réputé de droit privé parce qu'il a un objet considéré comme de droit privé, qu'il concerne une situation de droit privé ou qu'il s'intègre dans un système de rapports de droit privé⁽⁹⁵⁾. A cet égard, le critère organique c'est à dire la réalisation de l'acte par un organe administratif n'a aucune importance et c'est la nature de l'activité à laquelle se rattache l'acte ou la situation litigieuse, qui détermine le régime contentieux de l'acte.

(91) Voir Lachaume, op. cit., p. 95.

(92) Delvolvé, op. cit., p. 51.

(93) Ibidem., p. 50-51.

(94) Lachaume, op. cit., p. 292.

(95) Ibidem., p. 297.

Alors, on peut conclure que le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre les décisions administratives de droit privé, et, au contraire, il est recevable contre les décisions des personnes et organismes privées chargées de la gestion d'un service public administratif, lorsque ces décisions se rattachent à l'exécution du service et mettent en oeuvre la puissance publique. En outre, il faut bien souligner que l'acceptation par les juridictions administratives de statuer sur un recours pour excès de pouvoir formé contre une décision administrative, est une des conditions nécessaires pour que l'organisme qui a pris la décision soit qualifié d'autorité administrative⁽⁹⁶⁾. Evidemment, cette qualification n'est valable qu'au point de vue de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir.

Donc, on peut finalement dire que les actes de droit privé qui sont émanés par des organes administratifs restent des actes de droit privé mais un tel organe ne perd jamais sa qualité d'être une autorité administrative. Par contre, les actes émis par des organismes privés investies d'une mission de service public sont de nature administrative et ces organismes doivent être considérés comme une autorité administrative exclusivement à l'égard de tels actes.

D'autre part, surtout en droit administratif français, on a admis par des lois organiques que certains organismes collégiaux administratifs ont une attribution juridictionnelle. Dans ce cas, à part du critère fonctionnel, les actes émis par ces organismes en vue de leurs attributions juridictionnelles ne sont pas des actes administratifs et ils ne peuvent évidemment faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Enfin, une des fonctions administratives importantes est celle du pouvoir réglementaire de l'Administration. Bien entendu, chaque autorité investie du pouvoir réglementaire l'exerce dans les limites de ses attributions⁽⁹⁷⁾. Les autorités dirigeant ou administrant les institutions de droit privé chargées d'une mission de service public, comme les ordres professionnels, les fédérations sportives ou les sociétés gérant un service public industriel et commercial, sont également détentrices du pouvoir de prendre des règlements⁽⁹⁸⁾. Alors, les actes réglementaires qui se forment par l'exercice d'un pouvoir réglementaire sont des actes administratifs susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, même s'ils sont réalisés dans le domaine de droit privé.

B. Les Actes émanant de l'Organe Législatif

Le pouvoir législatif qui exprime de prendre des lois ou des actes assimilés à celles-ci, est conféré dans chaque régime constitutionnel à certains organes dits législatifs⁽⁹⁹⁾.

Par "organe législatif", on entend non seulement les assemblées législatives, mais aussi toutes les institutions qui sont sous leur dépendance (bureau, commissions, services etc.)⁽¹⁰⁰⁾.

(96) Sabourin, op. cit., p. 373.

(97) Chapus, op. cit., p. 471.

(98) Id.

(99) Auby-Drago, "Traité de Contentieux Administratif", tome: I, LGDJ., 1984, Paris, p. 121.

(100) Delvolvé,

Et pour un régime déterminé, l'acte législatif doit être celui qui émane d'un tel organe statuant en tant que tel⁽¹⁰¹⁾. Mais cette détermination purement organique est insuffisante pour la résolution du problème. De notre part, l'acte législatif est l'acte qui émane de l'organe législatif et qui se forme par l'exercice de la fonction législative.

Donc, la détermination des actes législatifs est faite essentiellement mais non exclusivement en fonction de considérations organiques. A cet égard, on peut se définir l'acte législatif comme l'acte qui concerne la fonction législative et qui émane des organes chargés d'exercer le pouvoir législatif qui sont indiqués par les textes constitutionnels⁽¹⁰²⁾.

Ensuite, il faut bien souligner que le but d'existence des organes législatives est de réaliser la fonction législative; donc les actes qu'ils ont fait pour la réalisation de ce but, doivent être considérés comme des actes législatifs qui sont évidemment insusceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives.

D'autre part, en droit administratif français, selon une jurisprudence traditionnelle, les actes juridiques émis dans le cadre des Assemblées parlementaires et les actes matériels relatifs à l'activité de ces Assemblées échappent à tout contrôle juridictionnel⁽¹⁰³⁾. Tels actes forment la catégorie des "actes parlementaires". Par l'expression des actes parlementaires on désigne toutes les mesures (autres que celles ayant un caractère législatif) qui émanent des assemblées parlementaires; et même, plus largement, toutes les mesures (autres que législatives) émanant des assemblées politiques⁽¹⁰⁴⁾. Mais toutes ces mesures doivent avoir un objet qui concerne l'exercice des fonctions constitutionnelles des assemblées parlementaires, c'est à dire le vote de la loi et le contrôle du gouvernement. Les actes ne comportant pas un tel objet auraient été considérés comme administratifs et comme pouvant donner lieu à un contrôle juridictionnel, même s'ils émanaient d'assemblées parlementaires et d'autorités intérieures à ces assemblées⁽¹⁰⁵⁾. A notre avis, il fallait bien déterminer la catégorie des actes parlementaires selon ce critère fonctionnel. Mais la jurisprudence classique, restant fidèle au critère organique, se borne à rechercher que si l'acte émane ou non d'autorités administratives. Ainsi, cette approximation classique vient de déterminer l'acte parlementaire par un critère purement organique: l'acte parlementaire est celui dont l'auteur présente un caractère parlementaire et non administratif⁽¹⁰⁶⁾. Donc, par cette approximation, les actes parlementaires viennent de bénéficier d'une immunité juridictionnelle semblable à celle qui s'applique aux actes de gouvernement.

Mais il faut bien remarquer que le Conseil d'Etat Turc n'est pas tout à fait d'accord avec la jurisprudence classique du droit administratif français. A cet égard, la haute juridiction Turque par ses derniers arrêts, vient de préciser que: "même s'ils émanaient des organismes parlementaires, les actes concernant la fonction administrative doivent être considé-

(101) Voir Auby-Drago, op. cit., p. 121

(102) Ibidem., p., 123-124.

(103) Ibidem., p. 155

(104) René Chapus, "Droit du Contentieux Administratif", 1982, Editions Montchrestien, Paris, p. 680.

(105) Auby-Drago, op. cit., p. 155

(106) Id.

rés comme des actes administratifs susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir"⁽¹⁰⁷⁾. Donc, on peut dire que la jurisprudence administrative turque vient de ne pas admettre une immunité juridictionnelle pour les actes parlementaires.

En outre, en droit français aussi, par une loi organique du 17 novembre 1958, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, on vient d'admettre quelques dérogations de l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires dont le Conseil d'Etat déclare sa compétence notamment pour des litiges d'ordre individuel concernant les agents titulaires des services des assemblées parlementaires.

C. Les Actes émanant de l'Organe Juridictionnel

Dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, les organes juridictionnels adoptent des actes juridictionnels qui, comme tels, ne peuvent faire l'objet que de certains voies de recours qui leur sont propres, à l'exclusion du recours pour excès de pouvoir, qui ne vaut que pour les actes administratifs⁽¹⁰⁸⁾.

Mais des organes juridictionnels et surtout des autres organismes appartenant à l'ordre judiciaire peuvent également exercer des fonctions administratives et prendre ainsi des actes administratifs qui peuvent être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Donc, la distinction de l'organe juridictionnel et de l'organe administratif n'arrive pas à résoudre le problème et c'est tout à fait le critère fonctionnel qui peut apporter la solution déterminante, en faisant la comparaison de la fonction administrative et la fonction juridictionnelle.

La fonction juridictionnelle suppose bien la prise en charge par des tribunaux de la fonction de trancher les litiges contentieux⁽¹⁰⁹⁾. Un organe exerce une fonction juridictionnelle dès lors qu'il a la faculté de rendre des jugements. La définition de la fonction juridictionnelle renvoie donc à celle de l'acte juridictionnel, dont il faut isoler le caractère propre⁽¹¹⁰⁾. Alors, on peut dire qu'un organisme qui a pour mission de trancher un litige avec force de vérité légale ou d'infliger une sanction, constitue une juridiction⁽¹¹¹⁾ et les actes de tels organismes constituent les actes juridictionnels.

D'autre part, pour qu'une activité soit juridictionnelle, il est donc nécessaire que l'organisme qui l'exerce ait été créé par un texte d'ordre législatif et que ce texte, d'une part, fasse figurer l'activité dont il s'agit parmi les missions confiées à cet organisme et, d'autre part, lui reconnaisse explicitement ou implicitement un caractère juridictionnel. La volonté du législateur est, en effet, le seul fondement légal possible d'une activité juridictionnelle⁽¹¹²⁾.

(107) Pour ces arrêts voir A.Ş. Gözübüyük, "Yönetmelik Yargı (Contentieux Administratif)" Ankara, 1982, p. 119.

(108) Delvolvé, op. cit., p. 69.

(109) J. Chevallier, "Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle", in Mél. Stassinopoulos, précité, p. 289.

(110) Ibidem., p. 285.

(111) Delvolvé, op. cit., p. 69.

(112) Raymond Odent, "Contentieux Administratif", 1970-1971, Paris, fascicule III., p.581.

Après toutes ces remarques, on peut souligner que les actes émanés par des organismes juridictionnels, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle sont des actes juridictionnels qui peuvent jamais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁽¹¹³⁾.

En revanche, certains organismes juridictionnels, en dehors de leurs missions juridictionnelles, peuvent bien réaliser des véritables actes administratifs, agissant en tant qu'autorités administratives. Selon une jurisprudence traditionnelle⁽¹¹⁴⁾, les litiges relatifs au service public de la justice relèvent de la compétence des juridictions administratives ou celle des tribunaux judiciaires selon qu'ils intéressent l'organisation du service ou l'exercice de la fonction juridictionnelle. De ce critère, apparemment fort simple, le Conseil d'Etat a déduit depuis longtemps que les litiges concernant la situation individuelle des magistrats, des personnels administratifs qui sont les collaborateurs de ces derniers et même, mais beaucoup plus rarement, de certains auxiliaires de la justice ressortissant à la compétence du juge administratif⁽¹¹⁵⁾. La juridiction administrative s'est toujours reconnue compétente pour connaître des recours formés contre les décisions individuelles concernant la situation des magistrats: inscription sur la liste des candidats admis à se présenter à un examen professionnel d'entrée dans la magistrature; notation; nomination; mise en congé de long durée etc⁽¹¹⁶⁾.

Alors, on peut remarquer que, les autorités judiciaires non-juridictionnelles c'est à dire qui collaborent à la gestion du service public de la justice, tout en accomplissant des actes en eux-mêmes non-juridictionnels⁽¹¹⁷⁾ peuvent être considérées comme des autorités administratives à l'égard de tels actes qui concernent la fonction administrative et qui peuvent être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

A l'époque, le Conseil d'Etat, à cause des réglementations qui ne se réfèrent pas au caractère fonctionnel des actes attaqués et qui s'en tiennent seulement au caractère de l'autorité qui les accomplit, ne pouvait pas se reconnaître compétent et il venait d'utiliser une formulation que: "l'autorité judiciaire est bien chargée de veiller au bon fonctionnement des services judiciaires et que sa décision n'est, dès lors, pas au nombre des actes administratifs dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître..."⁽¹¹⁸⁾.

Mais avec l'arrêt "Falco et Vidailac", la haute juridiction a décidé de suivre le principe dont il a affirmé par son arrêt Monpeurt. Selon ce critère: "si une décision se rattache par son objet à une mission de service public, les juridictions administratives sont compétentes, même si cette décision n'est pas émanée par une autorité administrative". A part de ce critère, la haute juridiction administrative vient d'étendre son contrôle sur les actes relatifs au service

(113) Dans des jurisprudences, on vient d'appliquer à plusieurs reprises que de tels actes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Pour ces jurisprudences voir **Auby-Drago**, op. cit. p. 617.

(114) Voir Tribunal de Conflits, "Préfet de la Guyane", in **Long-Weil-Braibant**, op. cit., éd. 1974, p. 391.

(115) **Franc et Boyon**, chr. sur C.E., "Rousseau" et "Lejeune", AJDA-1975, p. 350.

(116) Certes, le Conseil d'Etat s'est, à toute époque, reconnu compétent aussi pour connaître des mesures frappant les membres du Parquet. Voir, chr. de **Franc et Boyon**, précité p. 350-351.

(117) Note de Waline sur C.E. "Falco et Vidailac", in RDP. 1953, p. 451.

(118) Ibidem., p. 452.

public de la justice, et c'est ainsi qu'elle a décidé de connaître des sanctions infligées aux magistrats par le Conseil supérieur de la magistrature⁽¹¹⁹⁾, même lorsqu'elles sont fondées sur des faits se rattachant à l'exercice de la fonction judiciaire⁽¹²⁰⁾.

Donc, nous pouvons dire par là que les actes réalisés par des organismes judiciaires, en dehors de leurs missions juridictionnels, relevant de l'ordre administratif, sont des actes administratifs. En outre, même s'ils sont composés de magistrats, les organes qui n'ont aucune fonction juridictionnelle sont exclusivement des autorités administratives⁽¹²²⁾.

D'autre part, aujourd'hui la doctrine contemporaine admet d'une part que la justice judiciaire est un service public et ses agents sont des fonctionnaires⁽¹²³⁾; et d'autre part, non seulement les décisions de justice, qui constituent essentiellement l'exercice de la fonction judiciaire, mais en outre différentes opérations inséparables, indétachables de l'exercice de cette fonction échappent donc au contrôle du Conseil d'Etat⁽¹²⁴⁾.

Mais, en revanche, les actes pris par les organes administratifs pour l'organisation du service public de la justice et notamment les actes du caractère "réglementaire" qui sont les préliminaires de l'activité juridictionnelle peuvent être considérés comme administratifs⁽¹²⁵⁾.

A cet égard, le critère de délimitation des compétences respectives de deux ordres de juridictions, en ce domaine, est principalement de nature matérielle. Une interprétation traditionnelle de la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires conduit à restreindre la compétence du juge administratif à l'égard des mesures prises par les services judiciaires. Le juge administratif, se refuse en conséquence, à connaître du fonctionnement du service public judiciaire mais il accepte de statuer sur les mesures relatives à l'organisation du service judiciaire⁽¹²⁶⁾.

En réalité, ce critère n'est qu'imparfaitement appliqué. Le Conseil d'Etat a une interprétation extensive de la notion de fonctionnement du service judiciaire⁽¹²⁷⁾, dont la jurisprudence actuelle est très nuancée.

En pure logique, seuls les actes juridictionnels avec leurs préliminaires et leurs prolongements devraient être considérés comme résultant du fonctionnement des tribunaux ju-

(119) V. note de **Waline** sur C.E. "L'Etang", in RDP. 1970, p. 387.

(120) V. concl. **Dondoux** sur C.E. "Rousseau", in RDP. 1975, p. 823.

(121) Chr. de **Boyon et Nauwelaers** sur C.E. "Dujardin", in AJDA-1976, p. 75.

(122) V. **Delvolvé**, op. cit., p. 71.

(123) V. **Bonnefoy**, "Le juge administratif, juge de la situation du magistrat judiciaire", in JCP. 1978/2898. 8 et 9.

(124) Concl. de **Donnedieu de Vabres**, sur C.E. "Falco et Vidaillac", in RDP. 1955, p. 462(125)

(125) A cet égard, en ce qui concerne le refus d'engager une action en justice, la jurisprudence est nuancée: par exemple, le refus du ministre de la justice de transmettre à la Cour de Cassation une demande de révision est insusceptible d'être déféré au juge administratif, alors que le refus d'engager des poursuites pénales peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir (V. **Delvolvé**, op. cit. p. 73).

(126) **Charles Debbasch-J.C. Ricci**, "Contentieux Administratif", 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1985, p. 720-721.

(127) *Ibidem.*, p. 721.

diciaires; mais en réalité l'incompétence du Conseil d'Etat est plus étendue⁽¹²⁸⁾. Donc, cela peut s'expliquer par la volonté du Conseil d'Etat de sauvegarder étroitement l'indépendance du service judiciaire, d'éviter aussi de choquer la susceptibilité des magistrats judiciaires et d'entrer en conflit avec eux en contrôlant leurs actes⁽¹²⁹⁾.

La compétence du juge administratif, à l'égard des mesures d'organisation du service judiciaire, s'étend non seulement aux actes édictés par l'exécutif en ce domaine (ainsi ceux du ministre de la justice), mais également à ceux pris par un organe relevant du service judiciaire⁽¹³⁰⁾. Donc, il est compétent pour statuer sur les mesures relatives à l'organisation administrative du service public judiciaire, ainsi celles concernant l'arrêt du fonctionnement des juridictions, la suppression de tribunaux etc⁽¹³¹⁾.

En revanche, le juge administratif est incompétent pour connaître des mesures relatives au fonctionnement du service judiciaire. Mais la détermination de ces mesures est fort imprécise dans la jurisprudence administrative.

A notre avis, ces mesures doivent être considérées comme les mesures de la procédure judiciaire non-contentieuse c'est à dire les mesures indétachables du fonctionnement du service judiciaire. Sous cet angle, les actes préparatoires aux décisions judiciaires, les actes de police judiciaire ou bien les actes d'exécution des décisions juridictionnelles sont de telles mesures⁽¹³²⁾. Mais, finalement, il faut souligner que les mesures qui peuvent être détachables de la procédure judiciaire, peuvent évidemment faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives.

II- Les Actes des Autorités Etrangères

C'est bien évident que la souveraineté et par conséquent la compétence juridictionnelle d'un pays est limitée par son propre territoire. A part de ça, il est bien clair que le juge national est incompétent pour connaître les actes édictés par des autorités étrangères ou bien par des organisations internationales. Autrement dit, l'absence de l'identification "national" de ces actes entraîne l'incompétence des juges nationales. Donc, d'une manière générale, le juge administratif national est incompétent pour connaître des actes de l'exécutif à portée internationale que ce soit avec des Etats étrangers ou avec des organisations internationales, c'est à dire tous les actes dont on convient de dire qu'ils concernent des rapports de droit international public⁽¹³³⁾. A cet égard, il vaut mieux dire que les actes rattachables aux rapports de droit international public ne pourront pas être examinés par les juridictions nationales; tandis que

(128) Ainsi, dans une affaire "Jobard", le Conseil d'Etat a décidé que la décision par laquelle un cour d'appel établit annuellement la liste des personnes susceptibles d'être désignées comme syndic ou administrateur judiciaire par les tribunaux de commerce, concerne le fonctionnement du service public judiciaire alors qu'à l'évidence cette décision n'est liée à aucun litige, à aucune question juridictionnelle concrète dont le juge se trouve saisi et concerne, en fait, l'organisation du service judiciaire (V. **Debbasch-Ricci**, op. cit., p. 721).

(129) Id..

(130) Ibidem., p. 722-723

(131) Ibidem., p. 723

(132) Pour la jurisprudence administrative qui existe sur ce sujet voir **Debbasch-Ricci**, op. cit., p. 724-725.

(133) **Debbasch-Ricci**, op. cit., p. 48

les actes détachables de ces rapports, peuvent être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives nationales⁽¹³⁴⁾.

D'autre part, les autorités administratives d'un pays peuvent être siégées aussi hors du territoire national, et dans ce cas, ses activités administratives sont, en principe, sous le contrôle des juridictions administratives nationales. Il en est ainsi des actes émanés par des autorités diplomatiques (ambassade, consulat etc.) ou de tout autre service national implanté à l'étranger: leurs décisions restent des décisions administratives nationales⁽¹³⁵⁾.

Enfin en droit français un cas particulier concerne les actes d'autorités françaises pris sur l'ordre des réglementations de la Communauté Economique Européenne qui doivent être appliqués directement dans l'ordre juridique des Etats membres. Notamment à propos des directives de Communauté Européenne, la Cour de Justice des Communautés Européennes a estimé que de telles actes sont susceptibles de produire des effets directs chez les Etats membres⁽¹³⁶⁾.

En revanche, le Conseil d'Etat, à son part, admet que dans l'exécution des actes des autorités européennes, les autorités françaises disposent d'une autonomie qui, même si elles doivent se conformer à la réglementation communautaire, leur laisse leur qualité d'autorités nationales⁽¹³⁷⁾. Donc, les actes de mise en oeuvre de la réglementation communautaire en France restent des actes administratifs⁽¹³⁸⁾.

Conclusion de la deuxième partie

Il est bien évident que le critère organique et par conséquent la notion d'autorité administrative a une grande importance pour préciser le critère des organes administratifs en les opposant d'une part aux autres organes de l'Etat et d'autre part aux organismes privés. Mais en même temps, un tel critère est fort insuffisant pour la détermination de l'acte administratif. A cet égard, c'est le critère fonctionnel qui est déterminant. Par là, la notion de la "fonction administrative" devient efficace pour résoudre le problème, c'est à dire pour qualifier l'autorité administrative selon le recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir. Sous cet angle, les organes non-administratifs de l'Etat et les organismes privés peuvent être considérés comme des autorités administratives si les actes émis par de tels organes et organismes se rattachent à une mission de service public. Par contre, les actes de droit privé qui sont émanés par des organes administratifs ne peuvent jamais être identifiés comme "administratif", mais de tels organes ne perdent jamais leurs qualités d'être une autorité administrative.

(134) Pour des solutions jurisprudentielles qu'on a admis en droit français, voir *Debbasch-Ricci*, op. cit., p. 49-50.

(135) *V. Delvolvé*, op. cit., p. 60.

(136) Pour certains arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes concernant ce problème voir *Debbasch-Ricci*, op. cit., p. 56.

(137) *Delvolvé*, op. cit., p. 59; Voir également la conclusion de *Genevois* sur C.E. "Vipal", in *Rec. D.* 1982. 209.

(138) *Delvolvé*, op. cit., p. 59; voir également l'observation de *Delvolvé* sur C.E. "Centre d'études et de promotion du tourisme", in *Rec. D.* 1985, informations rapides, p. 234.

Troisième Partie: Le Caractère Exécutoire de L'Acte

Comme nous avons déjà indiqué, les relations entre acte administratif et décision exécutoire dépendent du sens qu' on est donné au mot "exécutoire".

Dans ce cadre, le caractère "exécutoire" d'un acte et la "décision exécutoire" n'ont pas la même signification. Par le caractère "exécutoire" d'un acte, on vise "la règle fondamentale de droit public" en vertu de laquelle une décision administrative s'applique immédiatement, préalablement à tout contentieux⁽¹³⁹⁾. Mais, par contre, la décision exécutoire, qui est une expression fort imprécise et ambiguë, peut avoir plusieurs sens différents de l'une de l'autre. A cet égard, de notre part, nous voulons bien déterminer la décision exécutoire sous un angle étroit dont on peut la désigner comme "un acte qui produit des effets sur les droits et obligations préexistants en les modifiant"⁽¹⁴⁰⁾. Alors, à part de cette constatation, la distinction vient de baser sur le caractère "modificateur" de l'acte. Donc, il faut bien préciser que seuls certains actes administratifs qui peuvent modifier les situations juridiques peuvent être considérés comme des décisions exécutoires; mais, par contre, toutes décisions exécutoires sont, en même temps, des actes administratifs. D'autre part, il faut souligner encore que les actes administratifs qui n'ont pas le caractère modificateur, peuvent bien avoir un caractère "exécutoire". Mais cette distinction n'a aucune importance pour la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir, et par contre elle a des conséquences fort importantes pour l'institution de "sursis à l'exécution". A cet égard, les actes administratifs à caractère exécutoire qui ne sont pas en même temps des décisions exécutoires sont susceptibles de recours mais non susceptibles de sursis à exécution, alors que ceux qui sont des décisions exécutoires sont susceptibles et de recours et de sursis⁽¹⁴¹⁾.

Donc, il faut conclure que le caractère "exécutoire", est, sans doute, une condition nécessaire pour l'identification d' "administrativité" de l'acte; mais, en même temps, il n'est pas une condition suffisante pour que l'acte fait grief.

A ce stade, il faut aussi identifier la notion d' "acte faisant grief" qui n'est pas elle-même parfaitement claire.

Monsieur Odent vient de définir cette notion d'une manière négative. Il écrit que: "les actes ou les décisions qui, par leur nature, ne peuvent avoir aucun effet sur la situation matérielle ou juridique d'un requérant, notamment **parce qu'ils ne l'intéressent ni directement ni indirectement** ou **parce qu'ils n'ont aucun caractère exécutoire** ou **parce qu'ils ne constituent pas de véritables décisions**, ne peuvent pas faire (grief)"⁽¹⁴²⁾.

Par cette définition on peut bien remarquer que la notion d'acte faisant grief a deux aspects essentiels qui sont tellement différents. Le premier, qui est la condition subjective de la définition, concerne l'intérêt pour agir. Mais cette condition subjective n'a certainement pas

(139) Delvolvé, op. cit., p. 28.

(140) Selon Monsieur Delvolvé il faut supprimer l'expression "décision exécutoire" du vocabulaire juridique pour que cette ambiguïté soit levée (voir, id., p. 29).

(141) Voir Delvolvé, op. cit., p. 26

(142) Odent, op. cit., fasc. III, p. 762.

un rapport direct avec l'acte qui peut être ou pas l'objet d'un recours contentieux. A cet égard, cette condition se situe seulement dans la relation de la personne du requérant à l'acte et non dans l'acte lui-même; un requérant peut n'avoir aucun intérêt à attaquer un acte, alors que l'acte fait pourtant grief⁽¹⁴³⁾. Donc, à notre avis, la notion d'intérêt pour agir n'a rien à avoir avec l'acte qu'on peut faire l'objet d'un recours contentieux, et il faut l'écartier de la définition de l'acte faisant grief.

Le second aspect de la définition, qui est la condition objective, concerne directement l'acte; c'est à dire qu'il se situe dans l'acte lui-même. Alors, c'est cette condition qu'il faut retenir pour la détermination de la notion d'acte faisant à grief. Dans ce cadre, l'acte faisant grief n'est pas autre chose que "l'acte administratif"; autrement dit, pour qu'un acte fait grief il faut qu'il contienne les éléments nécessaires que nous avons précisé par la définition traditionnelle, c'est à dire il faut que cet acte soit une véritable décision pour la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir.

A part ça, il faut souligner aussi que, d'une part, l'acte faisant grief n'est pas équivalent à la décision exécutoire, et, d'autre part, le caractère exécutoire de l'acte est seulement un des caractères nécessaires pour qu'un acte fait grief. D'abord, comme dit Monsieur Odent, "la question de savoir si une décision est ou n'est pas créatrice de droits, est tout à fait étrangère à celle du caractère de décision faisant grief"⁽¹⁴⁴⁾, car une décision qui ne crée pas des droits, qui ne modifie pas l'ordonnement juridique, -c'est à dire autre que des décisions exécutoires-, peut aussi faire grief. Et puis, un acte qui a du caractère exécutoire, mais qui ne contient pas une des autres conditions nécessaires qu'on a prévu par la définition traditionnelle, ne peut pas faire grief.

Alors, il faut conclure que l'acte administratif affecte l'ordonnement juridique, l'acte faisant grief aussi. Les deux expressions se recouvrent: un acte unilatéral pris par une autorité administrative et qui fait grief est un acte administratif. Et parmi les actes administratifs il y a ceux qui modifient l'ordonnement juridique: ce sont les décisions exécutoires⁽¹⁴⁵⁾.

Les actes qui peuvent faire grief

- Les actes définitifs et le critère de la "décision finale"

Le terme "définitif", souvent utilisé, est dépourvu de netteté. Il est d'une part utilisé par de nombreux auteurs complémentirement à celui d'exécutoire, le défaut du caractère définitif étant conçu comme synonyme du défaut du caractère exécutoire. D'autre part et à l'inverse certains auteurs opposent les deux termes, le défaut du caractère définitif étant alors conçu comme recouvrant un attribut juridique distinct du caractère exécutoire⁽¹⁴⁶⁾. Et puis,

(143) Delvolvé, op. cit., p., 29.

(144) Odent, op. cit., fasc. III, p. 764.

(145) Delvolvé, op. cit., p. 32-33.

(146) Regourd, op. cit., p. 465-466.

notamment en droit Turc, il est utilisé aussi, par le législateur, pour exprimer le caractère "parfait" de l'acte c'est à dire pour souligner qu'un acte ne peut pas faire grief avant d'être "définitif". Ce caractère flou du terme "définitif" entraîne plusieurs ambiguïtés et diverses interprétations fort imprécises.

Dans la doctrine et la jurisprudence Turc, on admet, en général qu'un acte ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir avant qu'il soit définitif. Autrement dit, la majorité de la doctrine vient de préciser que "dans la procédure administrative et dans la chaîne des opérations complexes c'est seulement "la décision finale" qui est définitif et seules de telles décisions peuvent faire grief". Donc, cela nous montre d'une part que le caractère définitif de l'acte est bien lié au processus de prendre des décisions et d'autre part, le critère de la "décision finale" est déterminant pour résoudre le problème.

Alors, cette approximation est notamment valable pour la théorie des actes rattachables et pour les actes de tutelle dont le régime juridique de ces derniers et les conséquences de l'acte d'approbation sur l'acte initial sont fort discutables en droit français.

Les actes rattachables et les actes détachables

La théorie juridique récente est en général d'accord pour constater l'unicité de la notion de procédure juridique dans toutes les branches du droit. Et, il est évident que chaque branche crée pour elle même des institutions processuelles différentes, adaptées à ses propres exigences et à ses conditions particulières⁽¹⁴⁷⁾. En droit administratif, la procédure administrative est l'ensemble de l'opération qui précède l'acte ou qui le suit⁽¹⁴⁸⁾.

Dans une procédure administrative non-contentieuse, tous les éléments ou tous les actes de cette procédure se rattachent finalement à une opération c'est à dire à un même résultat. Alors, on peut dire qu'une telle série d'actes contribuent donc tous à l'obtention d'un même résultat, à l'atteinte d'un même fin ou mieux dire à la création d'une décision finale. Tous ces actes forment une chaîne procédurale en vue d'obtenir la décision finale⁽¹⁴⁹⁾.

L'opération administrative suppose donc "un échelonnement dans le temps des mesures prises, un développement successif ou simultané de procédures multiples mais concourant au même objectif⁽¹⁵⁰⁾". A part ça, on peut dire que l'opération administrative ou "l'opération à procédure" est une succession d'actes qui concourent tous à un même but. Alors, chacun de ces actes a un caractère "exécutoire" pour sa petite part, et, en ce sens chaque acte vient de faire avancer la procédure à un moment donné; mais après avoir produit un tel effet, chaque acte devient pour les actes suivants un fait sur lequel ils se sont appuyés et ainsi l'opération se termine par une décision finale qui clôt la procédure⁽¹⁵¹⁾. Selon la théorie

(147) Georges Langrod, "Procédure administrative en droit administratif", RDP. 1948, p. 551-552.

(148) Langrod, id., p. 550.

(149) Voir Hauriou, "Précis", p. 232 et 269.

(150) Rigaud, concl., sur C.E. "Dame Milcent", 13.12.1968, AJDA-1969, p. 40.

(151) Voir Hauriou, "Principes", p. 155.

des actes rattachables -qu'on l'appelle aussi "la théorie des opérations complexes" - c'est seulement cette décision finale qui peut être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Une opération administrative exige fréquemment le concours de multiples décisions; elle donne naissance à un acte administratif complexe c'est à dire comportant plusieurs actes juridiques. L'unicité de but de ces actes, la réalisation de l'opération administrative, constitue entre eux un lien. Ce lien peut être divisible ou indivisible⁽¹⁵²⁾. Ce lien est indivisible quand les divers éléments de l'acte administratif complexe sont étroitement interdépendants les uns des autres. Chacun d'entre eux pris isolément ne constitue pas une décision autonome⁽¹⁵³⁾.

Dans ce sens, les actes qui font partie d'une même opération administrative sont incorporés les uns aux autres et ils n'ont pas une individualité propre à eux-mêmes.

De notre part, on ne peut pas admettre une telle idée. Dans une opération administrative, chaque acte conserve son individualité et sa validité doit être envisagée à part⁽¹⁵⁴⁾. Pour cela, le sens contemporain de la théorie des actes rattachables ne peut pas donner lieu à une telle considération.

Dans un sens moderne, il y a opération complexe lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement édictées pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale est l'aboutissement. Et en vertu de la théorie des opérations complexes, les intéressés qui auraient négligé d'attaquer en temps utile chacune des décisions constitutives de l'opération sont recevables à attaquer la décision finale en excipant de l'illégalité de l'une quelconque des décisions antérieures alors même qu'il s'agirait de décisions non-réglementaires devenues définitives. Naturellement, cette théorie ne trouve à s'appliquer qu'à la double condition que la décision antérieure ne soit pas réglementaire et qu'elle ne soit pas non plus une simple mesure préparatoire⁽¹⁵⁵⁾.

Donc, aujourd'hui on peut aborder la théorie des actes rattachables et la notion de la "décision finale" seulement sous cet angle. Car, la théorie des actes détachables a rendu sans objet la notion d'"opération génératrice de droit" et a éliminé du droit administratif la catégorie des opérations administratives complexes. A partir du moment où, en effet, la théorie des actes détachables permettait d'isoler les différents actes conduisant à une décision finale échappant à la juridiction ou au contentieux de l'excès de pouvoir, la notion d'opération complexe perdait toute son utilité⁽¹⁵⁶⁾.

(152) Michel Pierre Corbel, "L'annulation partielle des actes administratifs", AJDA-1972, p. 149-150.

(153) Corbel, id., p. 150.

(154) Voir Hauriou, note sous C.E. "Martin", S. 1906. III., p. 49.

(155) J.Chevallier, "La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes", AJDA-1981, p. 331-332.

(156) Chevallier, op. cit., p. 331.

Selon la théorie des actes détachables, le lien qui existe entre la décision finale et l'ensemble de l'opération qui précède ou qui suit cette décision peut être divisible lorsque les éléments constitutifs de l'opération ont les uns par rapport autres une individualité⁽¹⁵⁷⁾. A cet égard, l'acte juridique qui est relié à cette opération par un lien divisible est dit détachable; il constitue une décision distincte et comme telle il peut faire l'objet d'un recours indépendamment des autres cas⁽¹⁵⁸⁾. L'annulation de l'acte détachable constitue une annulation partielle d'un ensemble complexe⁽¹⁵⁹⁾.

Le juge administratif dispose en conséquence d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'acte détachable. L'imprécision qui entoure la notion d'indivisibilité en fait donc un instrument entre les mains du juge administratif. Et d'autre part pour éviter de se lier pour l'avenir, le pragmatisme du juge joue un rôle fort imprécise en vue de souligner le caractère divisible ou indivisible d'un acte. Mais aujourd'hui la volonté d'ouvrir plus largement le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs complexes, constitue un moyen de résoudre des difficultés pratiques⁽¹⁶⁰⁾.

A notre avis, un acte juridique, qui est relié à une opération complexe ou bien à l'ensemble d'une catégorie des actes de l'Administration, et qui peut, en même temps, créer des effets juridiques sur des tiers, doit être considéré comme un acte détachable qui peut faire grief indépendamment.

La notion d'acte détachable est utilisée non seulement à propos des opérations complexes administratives mais à propos de plusieurs catégories d'actes de l'Administration, par exemple à propos des contrats, des opérations électorales, des activités diplomatiques, des actes de gouvernement etc...

Dans tous ces cas, l'acte juridique qui peut être détaché de telles opérations et catégories, peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Donc, à ce stade, il faut bien souligner que le caractère "définitif" d'un acte n'est pas tout à fait efficace pour la détermination des actes qui peuvent faire grief. Cela est valable notamment pour les actes de tutelle et pour les actes conservatoires.

Dans le cas des actes de tutelle, il est bien évident qu'il existe un certain nombre d'actes pour créer la décision finale c'est à dire l'acte de tutelle. Dans ce processus, ce qui est important c'est de déterminer la relation qui existe entre l'acte de tutelle et l'acte soumis à tutelle dont on peut considérer que ce dernier acte est apparemment indépendant.

Sous cet angle, il est certain que l'acte soumis à tutelle n'est pas dépourvu d'existence juridique; cela réside assurément dans le fait qu'un tel acte peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁽¹⁶¹⁾. Mais d'autre part, la jurisprudence ne détermine pas le statut juridique

(157) Voir Corbel, op.cit., p. 150.

(158) H.Charles, "Actes Rattachables et Actes Détachables en Droit Administratif Français", Paris, LGDJ., 1968, p. 4.; Chevallier, op.cit., p. 334; Corbel, op. cit., p. 150.

(159) Corbel, op. cit., p. 150.

(160) Ibidem.

(161) Regourd, op. cit., p., 458.

exacte de l'acte soumis à la tutelle. Elle détermine non plus les rapports entre ces deux actes. Certains arrêts anciens désignent les actes initiaux comme ceux dont "l'effet demeure subordonné" à l'intervention de l'acte de tutelle; mais, d'autres, guère plus récents, désignent l'acte de tutelle comme étant seulement "nécessaire à leur exécution"⁽¹⁶²⁾. De nombreuses autres arrêts s'attachent au défaut de caractère "définitif", voire au caractère "provisoire" de l'acte non encore approuvé. Mais la situation est aussi bien caractérisé dans d'autres cas par le défaut du caractère "exécutoire", voire du caractère "applicable"⁽¹⁶³⁾. Donc, tout cela nous montre clairement l'incertitude de la jurisprudence qui aborde le sujet indifféremment. Mais malgré ces incertitudes, le principe selon lequel l'acte en attente d'approbation présente le caractère d'une décision administrative susceptible d'être déférée au recours pour excès de pouvoir a très tôt consacré par le Conseil d'Etat. Antérieure de quelques années à la jurisprudence consacrant la recevabilité du recours contre les actes de tutelle participant à une opération complexe, cette solution se trouve confortée dans le cadre de la détachabilité et l'affirmation que chacun des deux actes doit être attaquée pour ses vices propres⁽¹⁶⁴⁾. Donc, on peut conclure que cette solution permet de souligner qu'un acte non encore approuvé c'est à dire qui n'est pas encore devenu définitif, peut néanmoins faire grief.

Quant à la catégorie des actes conservatoires, on doit bien aborder le sujet d'une manière différente.

L'acte conservatoire est un acte qui intervient pour garantir l'efficacité d'une opération administrative. Il est donc nécessairement antérieur à l'acte qui marque l'achèvement de l'opération⁽¹⁶⁵⁾.

L'opération administrative reposant sur l'enchaînement chronologique d'actes successifs nécessite un certain délai de réalisation. Or, l'écoulement du temps fera souvent poser une menace sur le bon déroulement ou sur le succès final de l'opération. Lorsque cette menace revêtira les caractères exigés, l'acte conservatoire sera émis et paillera les inconvénients dus à la longueur de la procédure⁽¹⁶⁶⁾.

Certes, dans certains cas, la loi peut prévoir que c'est l'un des éléments de l'opération, en général le premier, qui aura cet effet conservatoire. Mais, en principe, l'acte conservatoire est extérieur à l'opération. Il ne fait aucunement avancer la procédure⁽¹⁶⁷⁾.

En revanche, il faut préciser aussi que l'acte qui n'est suivi ou ne peut être suivi d'aucune procédure administrative, ne peut être considéré comme un acte conservatoire; alors, l'acte qui se suffit à lui-même doit donc écarté de la catégorie des actes conservatoires⁽¹⁶⁸⁾.

En outre, l'acte conservatoire ne saurait produire des effets une fois achevée l'opération administrative. Mais, bien évidemment, celle-ci peut se poursuivre après que l'acte con-

(162) Ibidem., p. 459.

(163) Ibidem., p. 459-460.

(164) Regourd, op. cit., p. 458.

(165) Marcel-René Tercinet, "L'Acte Conservatoire en Droit Administratif", Paris, LGDJ., 1979, p. 29.

(166) Tercinet, op. cit., p. 20.

(167) Ibidem., p. 20.

(168) Ibidem., p. 21.

servatoire ait cessé ses effets par la volonté ou en dehors de la volonté de son auteur. Donc, l'acte conservatoire ne peut rester en vigueur, ni, a fortiori, être émis après l'achèvement de l'opération administrative. Par voie de conséquence, l'acte qui reste en vigueur après la fin de l'opération administrative ne peut être qualifié de conservatoire⁽¹⁶⁹⁾.

Alors, on peut bien dire que l'acte conservatoire a un caractère non-définitif et provisoire, et qu'il se rattache, en même temps, à une opération administrative. Mais, malgré ces qualifications, l'acte administratif conservatoire ne peut pas se différencier de l'acte administratif ordinaire à l'égard de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir. L'acte conservatoire a bien la nature de décision faisant grief du fait qu'il peut influencer la décision finale et que, surtout, il a des effets incontestables sur les droits et les obligations des intéressés. Il n'est pas douteux non plus que la jurisprudence n'hésite pas à considérer les actes conservatoires comme des mesures faisant grief et susceptibles de recours⁽¹⁷⁰⁾.

Après toutes ces remarques, nous voulons bien conclure que le caractère "définitif" d'un acte administratif n'est pas absolument déterminant pour qu'un tel acte fait grief. En revanche, une décision est faisant grief s'il est susceptible de produire des effets juridiques. Même, les actes qui font parties d'une procédure administrative et qui peuvent produire des effets juridiques indépendamment de la décision finale, peuvent évidemment faire grief.

Les Actes Qui Ne Font Pas Grief

L'Administration adopte un grand nombre de mesures unilatérales qui n'accèdent pas au niveau de l'acte administratif parce qu'elles ne font pas grief. Il est souvent difficile de faire le départ entre de simples actes unilatéraux de l'Administration et des actes administratifs puisque ces derniers sont nécessairement des actes unilatéraux⁽¹⁷¹⁾. C'est la considération des effets que l'acte est susceptible de provoquer sur la situation juridique des administrés qui est déterminante: un acte qui ne peut provoquer aucun effet juridique n'accède pas au niveau de l'acte administratif⁽¹⁷²⁾. Donc, de tels actes forment la catégorie générale des actes "qui ne font pas grief". A cet égard, les mesures d'ordre intérieur, les actes préparatoires et les actes déclaratifs sont trois catégories essentielles des actes qui ne font pas grief.

Par mesures d'ordre intérieur, le juge et la doctrine entendent l'ensemble des mesures édictées au sein de l'institution administrative -au sens le plus large du terme (service, établissement...) -quels que soient les caractères spécifiques de ces mesures⁽¹⁷³⁾. Une mesure d'ordre intérieur ne paraît pouvoir logiquement se définir que comme une mesure qui n'est susceptible d'effet juridique qu'à l'intérieur de l'Administration c'est à dire une mesure non susceptible d'effet juridique à l'égard de toute personne étrangère au personnel des services publics⁽¹⁷⁴⁾.

(169) Ibidem., p. 21.

(170) Ibidem., p. 194.

(171) Delvolvé, op. cit., p. 83.

(172) Ibidem., p. 83.

(173) Maryvonne Hécquard-Théron, "De la mesure d'ordre intérieur", AJDA. 1981, p. 235.

(174) Waline, op. cit., p. 510.

La vie intérieure constitue un ordre juridique clos qui a sa source principale dans le pouvoir hiérarchique⁽¹⁷⁵⁾. Il vaut mieux dire que la mesure d'ordre intérieur coïncide parfaitement avec le pouvoir hiérarchique. Il la fonde, elle se nourrit de lui, elle vit et meurt avec lui⁽¹⁷⁶⁾. Donc, la mesure d'ordre intérieur est l'expression du pouvoir hiérarchique c'est à dire elle est l'une des manifestations du pouvoir hiérarchique.

A part ça, le qualificatif "mesure d'ordre intérieur" s'applique trop généralement à tous les actes concernant la vie interne des services. Mais il faut bien souligner que malgré un tel appellation, il existe une distinction entre mesures normatives et mesures non-normatives concernant l'ordre intérieur des services administratives. Autrement dit, les mesures réglementaires qui présentent tous les caractères d'une décision administrative ne peuvent pas être considérées comme des mesures d'ordre intérieur au sens véritable du terme. Par contre, ce sont essentiellement des mesures interprétatives qui forment la véritable catégorie des mesures d'ordre intérieur. D'une part, les directives, les circulaires ou instructions de service dites "non réglementaires" selon la terminologie du Conseil d'Etat c'est à dire ne créant pas des règles opposables aux citoyens, d'autre part les règlements intérieurs des assemblées administratives et toutes les décisions intéressant seulement les fonctionnaires et les agents publics, entreront dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur⁽¹⁷⁷⁾. Ces mesures ne sont pas elles-mêmes normatives; c'est parce qu'elles ne sont pas créatrices de droit, qu'elles ne s'inscrivent pas dans la hiérarchie des normes, qu'elles ne font pas grief, que le juge administratif refus d'en connaître⁽¹⁷⁸⁾.

Mais, en revanche, les directives et les circulaires qui ne sont pas interprétatives peuvent avoir une portée générale et voire normative. Elles peuvent créer de droit et modifier par elles-mêmes les situations juridiques des administrés. Donc, elles ne peuvent pas être considérées comme des simples mesures d'ordre intérieur et évidemment elles peuvent faire directement l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Les actes préparatoires d'une décision aussi ne peuvent pas faire grief. Toute acte humaine -et les actes administratifs n'échappent pas à cette loi-passe par trois stades: préparation, décision, exécution. Il n'y a pas encore décision, ni par suite grief, tant qu'on n'en est au stade de la préparation⁽¹⁷⁹⁾.

Ce principe est incontestable pour les actes qui sont considérés comme des mesures préparatoires c'est à dire pour les vœux, les conseils, les enquêtes, les mesures dilatoires, les notes de fonctionnaires, les avis et les propositions etc... Sauf, parfois certains avis et propositions de l'Administration ne peuvent pas être considérés comme des simples mesures préparatoires.

(175) **Rivero**, "Les Mesures d'Ordre Intérieur Administratives-Essai sur Les Caractères Juridiques de la vie Intérieure des Services Publics", Paris, Sirey, 1934, p. 76.

(176) **Hécard-Théron**, op. cit., p. 241.

(177) Voir **Waline**, op. cit., p. 511.

(178) **Hécard-Théron**, op. cit., p. 236.

(179) **Waline**, op. cit., p. 513.

Une proposition est l'acte par lequel un organe suggère, prépare ou oriente une décision qui doit normalement être prise par un autre organe. Elle n'a pas en principe valeur de décision bien qu'elle produise certains effets de droit. Elle se distingue sur ce point de divers comportements écrits ou verbaux, sollicités ou spontanés, et qui n'ont aucune incidence juridique précise: les renseignements fournis à l'Administration, les observations de toutes sortes qui peuvent être formulées par un administré ou par un organe administratif à telle ou telle autorité compétente pour prendre une décision⁽¹⁸⁰⁾.

Sous cet angle, la proposition est souvent exigée par les textes législatifs ou réglementaires. A cet égard, il existe trois catégories de propositions: les propositions - informations qui sont seulement indicatives, les propositions - recommandations qui s'apparentent aux avis et obéissent, à quelques réserves près au même régime juridique, et les propositions - orientations qui limitent davantage la liberté d'action des autorités administratives⁽¹⁸¹⁾ et qui sont qualifiées par la doctrine comme "impératives". A notre avis, seules ces dernières peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, et si certaines d'autres propositions sont considérées par Conseil d'Etat comme susceptibles d'un recours direct en annulation, c'est qu'elles constituent des exceptions.

Les avis aussi sont traditionnellement rangés au nombre des mesures dites "préparatoires". Comme la plupart des actes de procédure qui précèdent l'édition d'une décision exécutoire, ils ne sont pas "de nature à faire grief par eux-mêmes"⁽¹⁸²⁾. Ce principe est parfaitement réaffirmé par la jurisprudence et la doctrine pour les avis consultatifs qui ne sont que des simples mesures préparatoires consistant en une consultation prévu ou non prévu à l'égard d'émission de certains actes administratifs. Mais il est contestable pour les avis impératifs et surtout pour les avis conformes. Les avis conformes sont des avis que l'autorité doit à la fois prendre et suivre, sauf à s'abstenir de sa décision et, sous certaines réserves, à demander une nouvelle consultation⁽¹⁸³⁾. Sous cet angle, l'avis conforme forme un type particulier de l'avis obligatoire et se présente comme l'ultime degré de la hiérarchie des avis mais demeure un avis⁽¹⁸⁴⁾. D'autre part, pour le juge français, la différence disparaît entre l'avis conforme et les autres avis quand il examine la recevabilité des recours; il applique alors à l'avis conforme le principe général selon lequel les avis ne font pas grief⁽¹⁸⁵⁾. Certes, de tels actes ne constituent pas, d'un point de vue strictement juridique, des décisions exécutoires; mais dans ce cas le consentement de l'organe consulté est nécessaire à l'existence de la norme. A cet égard, comme des propositions-orientations, ils ont la force de lier l'autorité compétente et donc, on peut dire qu'ils déterminent juridiquement la décision éventuelle. Selon nous, de tels avis peuvent être considérés comme des actes qui peuvent faire grief c'est à dire qui peuvent faire directement l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

D'autre part, les actes dits "déclaratifs" aussi ne peuvent pas faire grief. Les renseignements, les déclarations, les recommandations et les interprétations font la partie de

(180) Franc Moderne, "Proposition et décision", in Mél. Waline, tome: II, Paris, 1974, p. 597.

(181) Moderne, op. cit., p. 599.

(182) Xavier Turion, "Le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les avis", in Sur la Forme..., id., p. 97.

(183) Christian Roblin, "Les avis conformes...", in Sur La Forme..., id., p.80.

(184) Roblin, op. cit., p. 80-81.

(185) Ibidem., p. 91.

cette catégorie. De tels actes ne peuvent produire aucun effet juridique sur des tiers. Sauf, ce sont les mises en demeure ou autrement dit les actes comminatoires qui restent en dehors de ce principe.

On groupe sous le nom d'actes comminatoires des actes de l'Administration comportant injonction d'agir dans un certain sens ou de s'abstenir, et menaçant parfois le destinataire de certaines sanctions si l'injonction n'est pas observée. Ils sont dénommés souvent également mises en demeure⁽¹⁸⁶⁾.

Les mises en demeure de l'Administration sont des décisions administratives faisant grief avec une exception -le cas où la mise en demeure n'est que le premier acte d'une procédure complexe-, et une limite-celle qui sépare les mises en demeure des documents ne contenant que recommandations ou interprétations⁽¹⁸⁷⁾.

Aujourd'hui, la recevabilité des recours contre les mises en demeure de l'Administration est assez largement admise par le Conseil d'Etat qui souligne que de tels actes produisent directement des effets juridiques sur des tiers⁽¹⁸⁸⁾.

Enfin, les mesures postérieures à une décision qui se bornent à porter à celle-ci à la connaissance des tiers ou bien qui se bornent à rappeler une prescription déjà contenue dans un acte antérieur ne peuvent pas faire grief, à condition qu'elles n'y ajoutent ou n'en retranchent rien⁽¹⁸⁹⁾. Par contre, si les actes postérieurs à une décision ne se bornent pas à la rappeler mais y ajoutent ou en retranchent certains éléments et/ou bien s'ils ne se bornent pas à confirmer une mesure antérieure mais comportent des éléments nouveaux, ils apparaissent évidemment comme de véritables actes administratifs⁽¹⁹⁰⁾.

Les actes insusceptibles d'un recours pour excès de pouvoir

L'équation acte administratif=acte susceptible de recours pour excès de pouvoir n'est pas absolument exacte même si elle vérifie dans la plupart des cas⁽¹⁹¹⁾.

-D'abord, selon la théorie des actes inexistants, les actes de l'Administration qui portent d'une irrégularité tellement grave et particulièrement flagrante ne peuvent pas être considérés comme administratifs, autrement dit ils perdent leurs qualités d'"administrativité".

(186) Voir Raphaël Romi, "La recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir intentés contre les actes dits comminatoires", AJDA-1982, p. 619; Voir également Debbasch-Ricci, op. cit., p. 730 et s.

(187) Jean Capiou, "La mise en demeure en droit administratif", in Sur la Forme... op. cit., p. 53.

(188) Dans ce cadre la haute juridiction vient d'accepter des recours contre: une mise en demeure à un professeur d'avoir à donner sa démission du barreau sous peine d'être déféré au Conseil de discipline (C.E., 13.12.1957, "Rouleau", R.Leb, p. 678); une mise en demeure à des écoles dentaires d'améliorer leurs conditions d'enseignements dans un délai d'un an sous peine de perdre la faculté de délivrer les inscriptions valable pour la préparation à un diplôme d'Etat (C.E., 29.6.1960, "Ecole de chirurgie dentaire et de stomatologie", Rec. Leb. p.426).

(189) V. Delvolvé, op.cit. p. 91-92.

(190) Voir Delvolvé, op. cit., p. 93.

(191) Ibidem., p. 33.

Bien évidemment, il ne s'agit ici que de la théorie de l'inexistence "juridique" des actes administratifs et non de leur inexistence matérielle qui est un simple problème de preuve; il suffit d'établir que l'acte invoqué n'a aucune existence parce qu'il n'a jamais été édicté ou qu'il a disparu de l'ordonnement juridique⁽¹⁹²⁾.

La domaine de la notion d'inexistence est incertain; c'est une notion doctrinale adoptée par la jurisprudence. Contrairement aux actes administratifs, l'acte inexistant ne peut ni créer de droits, ni devenir définitif; il n'est soumis à aucun délai de recours ou de retraits. Par conséquent, tout le monde peut l'attaquer à tout le temps et, en outre, la nullité de l'acte peut déclarer par le juge judiciaire car selon la théorie de dénaturation, on admet qu'un tel acte perd sa qualité "administratif" voire "d'être un acte juridique". C'est cette dernière conséquence qui est important pour notre sujet.

Dans la doctrine, pour ceux qui défendent la théorie des actes inexistant, c'est le juge judiciaire qui est, en principe, compétent pour déclarer l'inexistence de l'acte et le juge administratif doit considérer un tel acte comme irrecevable. A notre avis, on ne peut pas accepter un tel approximation.

Il est tout d'abord certain que les intéressés peuvent attaquer l'acte inexistant par la voie d'un recours pour excès de pouvoir et les juges administratifs peuvent bien l'examiner comme un acte ordinaire.

En effet, le juge administratif doit accepter le recours pour excès de pouvoir contre les actes inexistant car les réglementations confient au juge administratif de statuer sur les actes des "autorités administratives" et en outre un des principes de contentieux administratif prévoit que le juge administratif doit statuer souverainement sur le recours en matière contentieuse administrative. Mais, en revanche, après avoir accueilli un tel recours, le juge administratif doit déclarer l'inexistence de l'acte et de ne pas décider à une annulation, car on ne peut pas annuler le néant. La seule différence, de ce point de vue tient à ce que l'acte inexistant sera déclaré "nul et non avvenu", alors que l'acte illégal est annulé.

-D'autre part, un acte peut-être insusceptible d'un recours pour excès de pouvoir comme ne relevant pas du contrôle du juge administratif, mais peut cependant faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire. En principe, un tel acte est dépourvu du caractère "administratif"; mais, en revanche, il peut exister aussi des actes qui ont toutes les caractéristiques de l'acte administratif mais qui échappent au contrôle du juge administratif au profit du juge judiciaire selon la théorie du recours parallèle⁽¹⁹³⁾.

Cette théorie peut se ramener à l'idée assez simple que le juge doit refuser de juger un recours pour excès de pouvoir si l'intéressé disposait d'un autre recours aussi efficace et qui fût de la compétence d'une autre juridiction ou dût être présenté dans la forme d'un recours de pleine juridiction⁽¹⁹⁴⁾. Evidemment cette théorie trouve sa raison dans le principe élémentaire de droit selon lequel "specialia generalibus derogant": les règles spéciales dérogent aux

(192) Pierre Le Mire, "Inexistence et voie de fait", RDP. 1978, p. 1219.

(193) Voir Delvolvé, op. cit., p. 34.

(194) Waline, op. cit., p. 447.

règles générales: en effet, lorsque la loi a pris soin d'organiser pour un cas précis une procédure particulière, ce serait tourner cette loi que d'employer le recours pour excès de pouvoir au lieu de cette procédure et ce serait même souvent bouleverser l'ordre des compétences contentieuses voulu par la loi⁽¹⁹⁵⁾. Donc, en droit administratif français et turc, cette théorie et par conséquent une telle irrecevabilité trouve une large application notamment dans des domaines électoraux et financières.

-Enfin, un acte peut n'être susceptible d'un recours devant aucune juridiction pour des raisons qui ne lui retirent pas son caractère administratif. C'est le cas des actes de gouvernement. L'existence d'actes de gouvernement dans le droit positif, attestée par la doctrine traditionnelle, constitue un surprenant défi à la raison et au droit, un véritable objet de scandale⁽¹⁹⁶⁾.

Rebelles à toute définition, les actes de gouvernement échapperaient à toute règle et à tout contrôle.

A l'époque, par l'influence de la théorie du "mobile politique", les juridictions administratives estimaient opportun de ne pas contrôler les actes du gouvernement à raison des considérations politiques. Aujourd'hui on a bien abandonné cette approximation et les juridictions administratives ont clarifié la notion par les formules qu'ils ont utilisées très largement dans ses arrêts: les actes de gouvernement sont, d'une part, "les actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement" et d'autre part, "les actes du gouvernement national avec les organismes internationaux ou les Etats étrangers"⁽¹⁹⁷⁾.

Aujourd'hui, "ce qui caractérise l'acte de gouvernement, c'est qu'il est accompli par le pouvoir exécutif dans ses relations avec une autorité échappant au contrôle du juge administratif"⁽¹⁹⁸⁾.

Soulignons que, d'une part, par les jurisprudences on admet que de tels actes sont soustraits à tout contrôle et que d'autre part les actes qui sont détachables de tels relations, ne peuvent pas être considérés comme des actes de gouvernement et évidemment ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Et puis, il faut remarquer que parfois le législateur aussi peut prévoir une immunité juridictionnelle pour certains actes administratifs. C'est notamment le cas qu'on a appliqué par le législateur turc après les réformes du 1982. A notre avis, de tels législations viennent de constituer un surprenant défi au droit.

Conclusion de la troisième partie

Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable à l'encontre d'un acte administratif qu'à la condition que cet acte revête le caractère exécutoire ou mieux dire le caractère d'une décision faisant grief, c'est à dire, d'une décision qui est susceptible de produire des effets juridiques.

(195) Ibidem., p. 447.

(196) Virally, "L'introuvable acte de gouvernement", RDP. 1952, p. 318.

(197) Chapus, Contentieux, op. cit., p. 669.

(198) Céliér, concl. sous l'arrêt "Gambert" du C.E., in Rec. S. 1947. III, p. 89.

Sous cet angle, d'une part, il existe plusieurs actes de l'Administration qui sont dépourvus du caractère exécutoire et donc qui ne peuvent pas faire grief. D'autre part, il existe aussi des actes qui ont toutes les caractéristiques d'un acte administratif mais qui ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir à raison des immunités juridictionnelles prévues par les jurisprudences et par les réglementations.

Conclusion Générale

Dans tous les systèmes juridiques, le contrôle de l'Administration constitue le point le plus important et en même temps le plus difficile de la fonction contentieuse.

Pour assurer un contrôle juridictionnel efficace de l'Administration, il faut tout d'abord élargir le cadre et l'objet du contentieux administratif et par conséquent du recours pour excès de pouvoir. Les actes administratifs qui forment l'objet d'un tel recours doivent être abordés d'après la définition traditionnelle dont ses éléments constitutifs ont un caractère "sine qua non".

A cet égard, la théorie des actes détachables doit être considérée déterminante pour l'élargissement du cadre de l'objet du recours pour excès de pouvoir. Les actes qui font parties d'une procédure administrative ou bien d'une situation juridique déterminé et qui contiennent tous les éléments constitutifs de la définition traditionnelle doivent être considérés comme détachables de tels situations et de telles procédures.

D'autre part, il faut préciser aussi que le juge administratif doit protéger les droits des citoyens contre l'Administration; donc, à part ça, il doit écarter les immunités juridictionnelles qui viennent de menacer le principe de l'Etat de droit.