



l'exception d'illégalité des actes administratifs

Bertrand Seiller

► To cite this version:

Bertrand Seiller. l'exception d'illégalité des actes administratifs. Droit. Université Panthéon-Assas Paris 2, 1995. Français. ⟨NNT : 1995PA020010⟩. ⟨tel-04044382⟩

HAL Id: tel-04044382

<https://univ-panthéon-assas.hal.science/tel-04044382v1>

Submitted on 24 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

Université Panthéon-Assas (Paris II)
Droit – Économie – Sciences Sociales

**L' EXCEPTION D'ILLEGALITE
DES ACTES ADMINISTRATIFS**

Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), (arrêté du 30 mars 1992), présentée et soutenue publiquement par

Bertrand SEILLER

Jury :

Directeur de Thèse :

Monsieur Pierre Delvolvé, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

Monsieur René Chapus, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Bruno Genevois, Conseiller d'État

Monsieur Bernard Pacteau, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Monsieur Étienne Picard ; professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Date de soutenance : 10 avril 1995

La détermination de ce qui doit devenir règle de droit n'est point affaire d'investigations individuelles de savants ou de penseurs, mais un acte de puissance présupposant une compétence organiquement instituée.

Carré de Malberg
Mélanges F. Gény

Nous ne nous ferions pas brûler pour nos opinions, tant nous sommes peu sûrs d'elles. Mais peut-être pour le droit d'avoir nos opinions et de pouvoir en changer.

Nietzsche
Le voyageur et son ombre, 333

Spéron-Spéroni explique très bien comment un Auteur qui s'énonce très clairement pour lui-même est quelquefois obscur pour son Lecteur : "C'est, dit-il, que l'Auteur va de la pensée à l'expression & que le Lecteur va de l'expression à la pensée".

Chamfort
Maximes et pensées

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité Juridique-Droit administratif.
AJPI	Actualité Juridique-Propriété immobilière.
Art.	Article.
Ass.	Assemblée.
Bull Civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation-Chambres civiles.
Bull Crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation-Chambre criminelle.
CAA	Cour administrative d'appel.
CC	Conseil constitutionnel.
CE	Conseil d'État.
Civ	Cour de cassation-Chambres Civiles.
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes.
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.
Chr.	Chronique.
Com	Cour de cassation-Chambre commerciale.
Concl.	Conclusions.
D	Recueil Dalloz.
DA	Droit administratif.
D Ouv	Droit ouvrier.
D Pén	Droit pénal.
D Soc	Droit social.
EDCE	Études et documents du Conseil d'État.
Fasc.	Fascicule.
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative.
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel.
GP	Gazette du Palais.
IR	Informations rapides.
JCP	Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique).
JCA	Jurisclasseur administratif.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LPA	Les Petites Affiches.
Obs.	Observations.
Op. cit.	Opere citato.
PUF	Presses universitaires de France.
QJ	Le Quotidien juridique.
RA	Revue administrative.
RCDIP	Revue critique de droit international privé.
RDCA	Répertoire Dalloz de contentieux administratif.
RDP	Revue du droit public et de la science politique.
Rev	Revue.
RFDA	Revue française de droit administratif.
RFDC	Revue française de droit constitutionnel.
RGDIP	Revue générale de droit international public.
RJPUF	Revue juridique et politique de l'Union française.
RJE	Revue juridique de l'environnement.
RJF	Revue de jurisprudence fiscale.
RPDA	Revue pratique de droit administratif.
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil.

RTDE	Revue trimestrielle de droit européen.
RTDSS	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social.
S	Sirey.
Sect.	Section.
Soc	Cour de cassation-Chambre sociale.
Som.	Sommaires (SC : Sommaires commentés).
TC	Tribunal des conflits.
TGI	Tribunal de grande instance.
TPI	Tribunal de première instance.
Trib. Corr.	Tribunal correctionnel.
Trib. Pol.	Tribunal de police.
V.	Voir.

INTRODUCTION

Tout système juridique aspire à la sécurité. Il y parvient par la stabilité. Les rapports de droit ne doivent pas rester perpétuellement incertains. Pour produire la plénitude de leurs conséquences, la fixité leur est nécessaire. Une remise en cause éventuelle à toute époque ne saurait être admise sans risques.

Cependant, il ne serait pas satisfaisant que, par sa seule existence, un rapport social soit tenu pour définitif. Tout système juridique présuppose également le respect de multiples règles de forme ou de fond garantissant la cohérence de l'ensemble et la prééminence de l'état de droit sur l'arbitraire. "La loi organise dans l'intérêt public, en vue d'un certain ordre social, des pouvoirs généraux et détermine les conditions d'exercice de ces pouvoirs légaux. Il est d'utilité sociale que les règles légales, édictées pour atteindre un but social, soient respectées : sinon le but social poursuivi ne sera pas atteint. Il semble que la sanction naturelle et logique de l'irrégularité doive être l'inefficacité juridique de l'acte accompli"¹.

¹ G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, RDP 1913, p. 294.

Ces deux impératifs, stabilité et respect du droit, ne sont pas incompatibles.

Pour atteindre un juste équilibre entre eux, il est logique qu'initialement, le premier s'incline devant le second. Ne serait-il pas absurde de considérer comme définitives des relations juridiques irrégulières si, ultérieurement, leur contestation était acceptée ? La certitude du respect du droit prime la volonté de stabilité. Il suffit, pour ce faire, de ménager une période durant laquelle un contrôle, menant, le cas échéant, à une censure, peut être exercé à la demande des justiciables. En cas d'inaction de leur part au terme d'un délai plus ou moins long, l'exigence de sécurité doit enfin prévaloir. Le rapport de droit devient alors définitif ; il ne peut plus être contesté dans son existence.

Mais est-il pour autant à l'abri de toute contestation tenant à son contenu ? Si la sécurité juridique impose de cristalliser, à l'expiration d'un certain délai, les situations juridiques non attaquées, autorise-t-elle cependant de tenir pour régulier ce qui ne l'est pas ?

L'expiration du délai de recours qui prescrit l'action, déchoit-elle également du droit qu'elle sanctionne ?

Dans son cours de droit processuel, Motulsky s'est attaché à définir les rapports entre ces deux notions. "Le droit substantiel (...) est distinct du droit d'action (...) qui est un droit subjectif autonome, de caractère procédural (...). Le droit substantiel naît d'un acte ou d'un fait juridique, l'action découle d'un conflit d'intérêts (...). Quant aux conditions d'existence, normalement droit substantiel et action sont solidaires, la seconde étant destinée à faire sanctionner le premier. Mais tel n'est pas toujours le cas (...). L'exemple de la prescription est caractéristique : si elle est admise, l'action n'existe pas (la demande est irrecevable), on ne sait pas si le droit substantiel a jamais existé, ou existe encore ; si elle est écartée, l'action existe, et on aborde le fond (mais le droit substantiel peut tout de même ne pas exister : la demande est alors recevable, mais mal fondée)"².

² H. Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 59-60.

La prescription du droit d'action est donc sans incidence sur le droit substantiel qui aurait pu le fonder. Ce dernier, malgré l'extinction du droit d'action, survit à l'état d'obligation naturelle. Il peut, cependant, être reconnu par un nouveau biais.

Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum. Le droit romain, comme en témoigne l'adage latin distinguait déchéance et prescription, droit substantiel et action.

“Il en résulte que le droit et l'action ne doivent pas être confondus : si l'action disparaît par prescription, le droit subsiste, puisque toute exception qui s'y rapporte peut être opposée à perpétuité. La prescription a donc un effet incomplet : elle ne purge pas entièrement l'acte du vice dont il était entaché ; la nullité repoussée quand elle est présentée à titre principal, demeure réalisable quand elle est objectée à titre incident”³.

L'équilibre recherché entre stabilité et respect du droit est donc atteint. Les irrégularités des rapports de droit sont contrôlables, dans un premier temps, par l'aménagement de voies d'action enserrées dans des délais stricts. Puis, faute pour le justiciable d'avoir usé de la faculté, les situations juridiques se figent, ne pouvant plus être contestées dans leur existence. Cependant les irrégularités qui les entachent persistent et ne sauraient être indifférentes. Elles sont désormais opposables à titre incident.

Le droit romain, et aujourd'hui le droit judiciaire privé, offrent ce bel agencement. Qu'en est-il du droit public et, plus particulièrement, du droit administratif ?

I - Les exigences de stabilité et de respect du droit s'y manifestent avec la même acuité. L'administration, comme les particuliers qui en bénéficient, souhaitent que les actes administratifs soient rapidement incontestables. La première, pour pouvoir leur faire produire leurs entiers effets, les seconds parce qu'ils en tirent bien

³ H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, LITEC 1992, 3ème éd., n° 331.

souvent des droits opposables.

Mais cette identité d'aspiration entre la puissance publique et ses partenaires ne doit pas nuire au respect du droit, constitué en la matière par le principe de légalité. Les actes administratifs sont soumis au respect de la légalité. Pour garantir aux tiers qu'il en est effectivement ainsi, des voies de recours leurs sont offertes. Elles peuvent viser à l'annulation ou à la réformation des actes illégaux, voire à l'indemnisation des préjudices résultant des fautes caractérisées par l'édiction de tels actes.

La stabilité n'est accordée aux actes de l'administration que si, au terme du délai de recours, aucune action n'est intentée ou si la contestation formée dans ce délai a échoué.

A - Certains auteurs, au premier rang desquels figure Motulsky, ont, toutefois, prétendu que le droit administratif ne distinguerait pas l'action du droit qu'elle vise à faire sanctionner. "Il faut relever la particularité du droit administratif : en droit positif, l'écoulement des délais autres que de procédure (...) éteint non seulement le droit d'action au sens technique, mais encore le droit substantiel. La distinction classique entre la prescription (extinction du droit d'action, avec survivance du droit subjectif substantiel à l'état d'obligation naturelle) et déchéance (extinction totale du droit substantiel) ne peut s'appliquer puisque, selon le Conseil d'État, la prescription aussi éteint le droit substantiel"⁴.

A la différence de la procédure civile, le contentieux administratif confondrait en un même sort, le droit de contester la légalité d'un acte et celui de demander son annulation. L'écoulement du délai de recours éteindrait et l'action et le droit substantiel au respect de la légalité. La prescription vaudrait déchéance.

"A partir du moment où le recours (...) cesse d'être possible, le droit que cette action permettait de faire valoir ne peut plus être sanctionné. Dès lors, l'écoulement du délai de recours produit les effets de la prescription extinctive (...). Dans

⁴ H. Motulsky, op. cit., p. 111.

l'hypothèse où le requérant aurait eu raison, l'expiration des deux mois lui enlève à jamais la possibilité de faire prévaloir son point de vue ; son droit est prescrit"⁵.

Pourquoi en serait-il ainsi seulement en droit administratif ? M. Kornprobst fait appel à l'autorité de la chose décidée. La différence de durée entre les prescriptions du droit commun, qui sont, en principe, de trente ans, et celles du droit public résulterait de la fonction spécifique du délai du recours pour excès de pouvoir, destiné à assurer rapidement une autorité de chose décidée aux actes de la puissance publique. En outre, "dans les deux cas, il s'agit d'assurer la stabilité des situations juridiques, et cela d'autant plus rapidement que le droit d'action du demandeur apparaît moins digne d'intérêt (...) ; or, le droit d'action du particulier contre une décision prise par la puissance publique est, de tous, celui qui suscite le plus de méfiance"⁶.

La conception classique du droit administratif, droit de et pour l'administration, est présente dans ces lignes. La spécificité de ce droit résulterait des exigences propres de l'action administrative. Le pouvoir d'action unilatérale, le privilège du préalable, commanderaient la brièveté des délais de recours contre les actes de la puissance publique.

Droit inégalitaire, le droit public le serait également dans l'organisation des voies de recours.

D'autres auteurs ont fait prévaloir le bénéfice que tirent les administrés de délais courts et d'une assimilation de la prescription à une déchéance. Au milieu du XIXème siècle déjà, un commissaire du gouvernement constatait devant le Conseil d'État, que "s'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les excès de pouvoir puissent toujours être réprimés, il y a un intérêt d'ordre public aussi à ce que les situations faites et acceptées par les parties depuis longtemps ne puissent être dérangées sur la provocation de l'une d'elles"⁷. En d'autres termes, "il est inadmissible que pour

⁵ B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ 1959, p. 203.

⁶ Ibid, p. 202.

⁷ L'Hôpital, concl. sur CE 20 mars 1862, Ville de Châlons, p. 235.

faire droit aux revendications plus ou moins légitimes d'un particulier, on puisse ébranler des situations juridiques qui paraissent acquises pour des tiers qui, le plus souvent, ne sont pas responsables des illégalités commises”⁸.

De telles considérations justifient, certes, que le délai des recours en annulation dirigés contre des actes administratifs soit relativement bref, afin de ne pas faire échec aux exigences légitimes de la puissance publique. Elles sont cependant indifférentes au problème de savoir si, en droit administratif, droit et action doivent être distingués.

B - En effet, le respect du droit s'impose autant, voire plus, en cette matière qu'en droit privé. Pas plus ici que là, le système juridique ne saurait s'accommoder de la perpétuation d'illégalités par le seul fait de l'écoulement du temps, fût-il plus ou moins long. “Peut-on admettre la consécration d'une illégalité parce qu'un délai quelconque se trouve expiré ; le temps peut-il couvrir l'injustice ?”⁹. Jèze, au début de ce siècle, retraçait, pour mieux le dénoncer, le raisonnement auquel conduit la nécessité sociale de stabiliser les situations juridiques édifiées sur l'acte juridique irrégulier. “Lorsque les délais impartis par la loi pour agir directement sont expirés, l'irrégularité ne peut pas être opposée indirectement ; l'expiration du délai constitue une fin de non-recevoir absolue ; l'irrégularité est définitivement couverte, la situation juridique est consolidée ; le vice est purgé ; l'acte est désormais à considérer comme régulier”¹⁰.

Sans aller jusqu'à affirmer que l'expiration du délai de recours transforme l'acte irrégulier en acte légal, certains auteurs ont proposé d'assimiler cet événement à un acquiescement implicite. En n'agissant pas dans le délai, le requérant montrerait implicitement qu'il acquiesce à la décision administrative en cause¹¹. Or, comme “l'acquiescement concerne également le fond du droit, c'est une véritable

⁸ C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937, p. 16.

⁹ Ibid, p. 15.

¹⁰ G. Jèze, art. préc.

¹¹ V. Chr. Debbasch, *Contentieux administratif*, 6ème éd., Dz 1994, n°591.

acceptation , une véritable adhésion à l'acte administratif, une reconnaissance de sa régularité. Par conséquent, le renonçant n'a plus la possibilité de contester ultérieurement la légalité de l'acte, toute voie de recours lui est fermée, puisqu'il a accepté l'acte et que son engagement est irrévocable"¹².

L'un et l'autre raisonnement sont condamnables. Les prescriptions légales et réglementaires sont édictées dans un but d'intérêt général ; leur violation doit être sanctionnée. En outre, la brièveté du délai d'action devant les juridictions administratives ne peut qu'inciter "à dire que, en principe, l'expiration du bref délai légal imparti pour former le recours direct n'a pas pour effet d'effacer complètement dans l'avenir l'irrégularité de l'acte non attaqué dans le délai : la sanction ne pourra plus être obtenue directement, mais elle pourra l'être ultérieurement, par voie indirecte, par exemple par voie d'exception"¹³.

II - En droit public également, *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Si l'action en annulation d'un acte se prescrit, le droit de voir appréciée sa légalité subsiste. Il peut encore triompher par la voie de l'exception. "L'expiration du délai de deux mois n'a pas pour effet de priver les particuliers de toute action ultérieure. Le non-exercice du recours dans le délai ne s'analyse pas en une acceptation de l'acte, les particuliers gardent donc la possibilité d'utiliser tous les recours indirects qui leur sont offerts"¹⁴. L'expiration du délai ne vaut donc pas plus acquiescement à l'acte administratif que déchéance du droit de le contester.

Un procédé existe, en effet, qui permet de distinguer, même en droit public, prescription et déchéance, prescription et acquiescement. Si par l'expiration du délai de recours, une demande d'annulation d'un acte administratif se prescrit, le droit substantiel, de toute personne visée par lui, d'en contester la légalité ne disparaît pas. Ce droit peut encore être exercé par voie d'exception à l'occasion d'une autre

¹² C. Blumann, *La renonciation en droit administratif français*, Thèse, LGDJ 1974, p. 147.

¹³ G. Jèze, art. préc.

¹⁴ C. Blumann, op. cit.

affaire, qu'elle relève d'un juge administratif ou d'un juge judiciaire. Ce procédé est celui de l'exception d'illégalité.

L'exception d'illégalité se définit comme le moyen par lequel est critiquée la légalité d'un acte administratif à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un autre acte, ou d'un recours de plein contentieux en réparation du préjudice né de cette illégalité.

Une précision s'impose. L'exception d'illégalité n'a pas pour unique objet d'atténuer la rigueur des règles de délai et de concrétiser la distinction entre prescription et déchéance en matière administrative. Sa fonction est beaucoup plus large : le procédé est destiné, en premier lieu, à permettre des contestations indirectes de légalité. Que l'acte excipé d'illégalité¹⁵ soit définitif est, en théorie, indifférent. Le mécanisme vise seulement à en autoriser une critique incidente.

Cependant, l'hypothèse dans laquelle un acte non définitif est excipé d'illégalité est logiquement rare dans la mesure où, en ce cas, les requérants préfèrent exercer à son encontre un recours par voie d'action. Le procédé de l'exception d'illégalité est alors, pour eux, moins attrayant. Il ne l'est que lorsque, l'acte en cause étant définitif, toute action serait irrecevable. Seule voie pour remédier à cette prescription, l'exception d'illégalité permet ainsi de faire sanctionner le droit de chacun au respect de la légalité par l'administration.

Instrument du principe *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, l'exception d'illégalité est donc "le moyen qui est tiré de l'illégalité d'un acte administratif et qui est invoqué devant le juge, soit par le requérant - à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation d'un autre acte, ou d'un recours de pleine juridiction -, soit par le défendeur à l'action pour s'opposer aux prétentions du requérant"¹⁶.

¹⁵ Malgré le caractère intransitif du verbe exciper, nous nous autoriserons l'emploi de cette forme passive, d'ailleurs couramment utilisée en doctrine.

¹⁶ A. Bacquet, *Exception d'illégalité*, RDCA, n° 2.

La qualité de la partie recevable à exciper d'illégalité un acte administratif est indifférente. Cela soulève, toutefois, quelques difficultés terminologiques.

A - Marcel Waline a, le premier, dénoncé l'inexactitude de l'expression "exception d'illégalité". Force est de reconnaître que, dans ses deux termes, elle appelle des précisions.

1° - L'exception d'illégalité est-elle juridiquement une exception ? Pour répondre à cette première interrogation, il convient de rappeler brièvement le sens classiquement donné à ce terme encore sujet à bien des équivoques. La notion n'a acquis une certitude que récemment en procédure civile et reste peu discriminante en procédure pénale.

a - En procédure civile, son emploi remonte au droit romain ainsi que l'a montré Carré de Malberg dans sa thèse consacrée à l'histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française¹⁷. Il en ressort que, dès l'origine, l'exception a été rangée parmi les moyens de défense. "L'exception (...) n'est pas autre chose qu'un instrument de procédure, une arme protectrice, permettant au défendeur d'opposer victorieusement à la prétention de son adversaire des faits qui paralysent cette prétention sans la détruire"¹⁸.

Plus précisément, le droit romain considère que "l'exception renferme une objection à la demande, elle n'en est point la négation. Elle ne met pas à néant la prétention qu'elle combat ; mais elle permet au reus de prendre un biais et d'empêcher par une voie incidente l'admission d'une demande qui en elle-même est fondée. Ainsi l'exception tend véritablement à déplacer la question adressée au juge ; elle détourne l'attention du juge du demandeur pour la fixer sur une prétention

¹⁷ V. R. Carré de Malberg, Thèse Paris, 1887.

¹⁸ Ibid, p. 9.

opposée du défendeur”¹⁹.

En bref, “la création de l’exception, comme moyen de défense, entraînait la ruine définitive du vieux principe : un procès, une demande”²⁰. Très liée à la procédure formulaire²¹, l’exception aurait pu disparaître avec elle. Ce ne fut pas le cas, l’expression survécut et connut même dans l’Ancien Droit une systématisation.

Les auteurs distinguaient alors les exceptions dilatoires ou temporaires, des exceptions péremptoires ou perpétuelles. Ces dernières “frappent de paralysie perpétuelle le droit auquel elles sont opposables, elles en détruisent complètement l’efficacité. Les exception dilatoires n’ont d’effet que pour un temps ; elles empêchent le triomphe actuel du demandeur, mais lui laissent la possibilité d’obtenir plus tard gain de cause”²². Suprême raffinement, la catégorie des exceptions péremptoires connut même une subdivision suivant qu’elles portaient sur le fond ou la forme.

“Le résultat de cette évolution fut d’introduire une terminologie contestable et d’amplifier par là-même les obscurités inhérentes à la matière. Les distinctions de l’Ancien Droit étaient devenues à ce point subtiles qu’il était souvent difficile d’en tracer la frontière avec exactitude”²³. Devant cette confusion, la doctrine moderne réagit, notamment sous l’impulsion de Motulsky.

“De nos jours, il convient donc de réserver le vocable d’exception aux seuls moyens de défense qui tendent à ajourner la discussion sur le fond, sans s’attaquer ni au droit lui-même (distinction avec les défenses au fond), ni à la recevabilité de la demande (distinction avec les fins de non-recevoir)”²⁴.

Cette classification relève, depuis le nouveau code de procédure civile, du droit positif. “Pour repousser une demande dirigée contre lui un plaideur dispose de

¹⁹ Ibid, p. 32.

²⁰ Ibid, p. 96.

²¹ La procédure formulaire fit suite, en droit romain, à la procédure dite des *legis actiones* abolie sous Auguste. Au 1^{er} siècle av. J.C., apparut la formule, petit écrit délivré par le magistrat in jure contenant l’indication de la question que le juge devait résoudre. Non orale, plus rapide, moins formaliste, cette procédure permettait au juge de ne pas statuer sur les prétentions des parties, évitant ainsi des causes de nullité.

²² R. Carré de Malberg, op. cit., p. 243.

²³ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, T. I, Sirey 1961, p. 287.

²⁴ Ibid.

trois possibilités : faire admettre, au moyen d'une défense au fond appropriée, que son adversaire n'est pas titulaire du droit qu'il invoque ; lui opposer une exception de procédure, c'est-à-dire un obstacle, normalement passager, destiné à paralyser le déroulement de l'instance ; dénier à son adversaire le droit d'agir en justice en soulevant une fin de non-recevoir pour faire déclarer la demande irrecevable"²⁵.

Les définitions et le régime de chacun de ces moyens de défense figurent au titre cinquième de la première partie du nouveau code de procédure civile. Aux termes de l'article 71, "constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée après examen du fond du droit, la prétention de l'adversaire", tandis que, selon l'article 73, forme une exception de procédure "tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours" et qu'en vertu de l'article 122 est "une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir".

Le terme d'exception en procédure civile contemporaine vise donc la catégorie très particulière des exceptions de procédure, au sein de la notion plus générale de moyen de défense.

"Si toute exception rentre dans la qualification générale de défense en ce sens qu'elle est un moyen opposé par le défendeur, cependant, réciproquement, toute défense n'est pas une exception"²⁶. Ne visant pas tous les moyens de défense mais ne visant que des moyens de défense, la notion civiliste de l'exception semble donc d'ores et déjà incompatible avec l'usage qui en est fait en matière d'exception d'illégalité. Nous l'avons vu, celle-ci est ouverte tant au défendeur qu'au demandeur à l'action.

b - En procédure pénale, la notion d'exception est incertaine, voire non discriminante.

²⁵ Y. Desdevises, *Moyens de défense, Règles générales*, JCPPrCiv, Fasc. 128, n°1.

²⁶ Boitard, *Leçons de procédure civile*, Pichon, 1885, p. 369.

Il semble, en effet, que le terme s'emploie parfois pour désigner les questions présentées au juge. "Le prévenu d'une infraction peut soulever plusieurs types d'exceptions devant le juge pénal saisi. Il y a lieu de distinguer entre les questions préalables d'une part, et les questions préjudicielles d'autre part"²⁷.

Certains auteurs assimilent même les exceptions aux moyens de défense ouverts au prévenu. "Pour être en mesure de juger, il faut que le juge répressif apprécie lui-même tous les éléments de décision et notamment les moyens de défense que l'on désigne par le mot "exception" "²⁸.

Ainsi entendue, l'exception peut constituer une question préalable, visant à faire déclarer l'action publique définitivement irrecevable et que le juge de l'action a compétence pour examiner ou une question préjudicielle. Cette dernière n'a pas le même sens en contentieux administratif et en procédure pénale. Elle s'y subdivise entre des questions préjudicielles à l'action, qui font obstacle à l'exercice de l'action publique tant qu'elles n'ont pas été résolues, et des questions préjudicielles au jugement, supposant que le tribunal a été valablement saisi de l'action publique et portant "sur un élément de droit extrapénal rentrant dans la définition légale de l'infraction"²⁹. L'exception préjudicielle au jugement est ainsi un moyen de défense au fond, tendant à enlever au fait qui est à la base des poursuites le caractère d'une infraction³⁰.

La terminologie pénale est, toutefois, à ce point hésitante que certaines exceptions préjudicielles au jugement restent de la compétence du juge répressif en application du principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception.

Malgré la profonde opposition de vocabulaire entre la procédure civile, où le terme d'exception est réservée au cas particulier de l'exception de procédure, elle-même catégorie de moyens de défense, et la procédure pénale, pour laquelle tout

²⁷ C. Delaunay-Marlange, *Les exceptions préjudicielles au jugement pénal*, Thèse Paris II, 1976, p. 1.

²⁸ G. Stéfani, G. Levasseur, B. Boulloc, *Procédure pénale*, 12ème éd., Dalloz, 1990, n°436.

²⁹ C. Delaunay-Marlange, op. cit., p. 1.

³⁰ V. l'article 386 du code de procédure pénale.

moyen de défense est une exception, il semble que, sous le masque des mots, certaines analogies existent.

Ce que la première désigne par défense au fond, la seconde le qualifie d'exception préjudicielle au jugement. L'exception de procédure du droit civil ressemble fortement à l'exception préjudicielle à l'action du droit pénal. Enfin, les fins de non-recevoir du droit judiciaire privé ne sont que les exceptions préalables de la procédure pénale.

c - Que déduire de ces oppositions terminologiques, conjuguées à ces similitudes conceptuelles, quant au sens du mot "exception" dans l'expression d'exception d'illégalité ?

Que l'exception d'illégalité recouvre une notion plus vaste que ce que l'usage du mot exception autorise devant les juges judiciaires. Malgré les contradictions précédemment signalées, le juge civil comme le juge répressif réservent le qualificatif à des moyens de défense, à certains d'entre eux pour le premier, à tous pour le second. L'exception ne désignerait donc, en principe, qu'un moyen de défense.

L'exception d'illégalité ne devrait viser, en conséquence, si le terme "exception" s'y entend dans son acception commune aux droits civil et pénal, que le moyen par lequel le défendeur conteste la légalité d'un acte administratif à l'occasion du recours dirigé contre un autre acte. Lorsque, conformément à la faculté qui lui est également reconnue ainsi que nous l'avons signalé, le requérant désire soulever un moyen semblable, il conviendrait alors de désigner ce procédé d'une expression autre que celle d'exception d'illégalité.

Semblable objection a été formulée par Marcel Waline. Attaché au sens originel du mot exception, cet auteur refusait de l'utiliser pour désigner la contestation indirecte de la légalité d'un acte à l'initiative du demandeur. "Par voie d'exception, cela veut dire que c'est un moyen de défense que le défendeur ou l'accusé invoque

pour résister à l'action intentée contre lui"³¹.

Pour conserver son unité à l'expression d'exception d'illégalité, il proposait de définir, en ce cas, le mot exception comme visant le seul caractère incident de la contestation de légalité. "Par voie incidente, cela veut dire que l'objet principal du recours ou de l'action en justice n'est pas, comme c'était le cas dans le recours pour excès de pouvoir, de faire proclamer l'illégalité de l'acte : c'est incidemment à l'occasion d'un procès dont l'objet principal est différent, que l'un des plaideurs est amené à invoquer à l'appui de sa thèse l'illégalité d'un acte administratif"³². Qu'elle émane du défendeur ou du demandeur, l'exception d'illégalité est effectivement toujours une contestation incidente.

La définition de l'incident est suffisamment large pour accueillir en son sein l'exception d'illégalité. "Le mot incident a deux acceptions en procédure, il signifie, dans un sens large, *quidquid incidit in litem*, tous les événements qui viennent interrompre la marche régulière d'une instance, dans un sens étroit, les demandes qui se forment au cours d'un procès déjà lié, et qu'on appelle pour cela, demandes incidentes"³³.

L'exception d'illégalité n'est pas une demande incidente, qui recouvre les demandes additionnelles, reconventionnelles et les demandes en intervention. Elle relève plutôt du sens large de la notion d'incident. Elle est bien, comme lui, "un événement qui survient dans le cours d'un procès et qui tient le plus souvent à l'instruction même de la cause (...). Suivant Carré (Lois de la Procédure, T III, p. 192), on doit considérer comme autant d'incidents particuliers les différentes exceptions, contestations et événements quelconques qui viennent s'enter sur la demande principale et qui n'en sont pour ainsi dire que des épisodes"³⁴.

Entendue comme un incident et non plus comme un moyen de défense d'une des parties au litige, l'exception d'illégalité peut alors être appliquée au demandeur

³¹ M. Waline, *Cours de droit administratif*, 1952, p. 500.

³² Ibid.

³³ E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, 2ème éd., 1898, T. II, p. 530.

³⁴ Fuzier-Herman, *Répertoire du droit français*, T. 24, 1896, V° Incident.

comme au défendeur. Elle retrouve son unité. Sa définition en est améliorée. L'exception d'illégalité est le moyen par lequel est incidemment contestée la légalité d'un acte administratif à l'occasion du recours dirigé contre un autre acte.

Point n'est donc besoin de rechercher une expression permettant de désigner le cas où un tel moyen est invoqué par le requérant. Le mot exception peut s'entendre de manière suffisamment large pour intégrer cette hypothèse. Il est, à cet égard, intéressant de constater que, dès l'origine, la jurisprudence et la doctrine ont recouru à la seule expression d'exception d'illégalité, alors même que celle-ci émanait du requérant.

Cela ressort de la présentation faite au Recueil des arrêts du Conseil d'État d'un lointain arrêt de 1856. "Les tribunaux ordinaires de l'île de la Réunion sont-ils compétents pour statuer sur *l'exception d'inconstitutionnalité ou d'illégalité* ³⁵ d'arrêtés par lesquels le gouverneur de la colonie (...) a établi : 1° un impôt de fabrication sur les tabacs venant de l'intérieur (...) ; 2° une taxe d'octroi sur les mêmes tabacs (...) ?"³⁶. Bien qu'il ne s'agisse pas de la reproduction de l'arrêt lui-même, une telle formulation n'en est pas moins probante quant à l'utilisation de l'expression à l'égard d'un moyen soulevé par le requérant, comme en l'espèce.

Le juge s'est d'ailleurs rallié ultérieurement à cet emploi de l'expression d'exception d'illégalité. Un arrêt Harrach le démontre, tout en confirmant que l'expiration du délai de recours ne vaut pas acquiescement donné à l'acte en cause. "Si, au moment où il a constitué son cautionnement, le sieur Harrach s'est abstenu de contester la légalité des dispositions de l'avis aux importateurs inséré au Journal officiel du 7 avril 1949, relatives à l'obligation faite à ceux-ci de constituer un cautionnement en garantie de la bonne exécution de l'opération et à la possibilité, pour l'administration, de retenir le cautionnement en cas d'inexécution de cette opération, cette circonstance n'est pas de nature à rendre irrecevable l'exception d'illégalité des dispositions réglementaires susmentionnées, invoquée par le

³⁵ Ce n'est pas nous qui soulignons.

³⁶ V. CE 4 septembre 1856, La Caussade, p. 562.

requérant à l'appui de son pourvoi dirigé contre la décision de l'administration de ne lui restituer qu'une partie de son cautionnement"³⁷.

En dépit des ambiguïtés terminologiques liées à la présence du terme "exception" dans l'expression, l'exception d'illégalité semble opérante si ce terme est pris en son sens le plus large. L'exception d'illégalité est alors le moyen de contestation incidente de la légalité d'un acte administratif.

Il n'est cependant pas inutile de proposer une explication à l'adoption de l'expression au regard de l'amphibologie qu'elle présente. Il semble que le choix se justifie par l'origine du mécanisme. Certes, le juge administratif a, dès ses débuts, accepté de contrôler incidemment la légalité d'actes autres que ceux attaqués au principal devant lui. Mais, cet examen s'est opéré le plus souvent inconsciemment ou, du moins, sans que quiconque ne s'interroge sur son fondement ou son régime. Le juge administratif, jusqu'à un arrêt Poulin de 1908³⁸, a usé de l'exception d'illégalité sans le savoir.

En revanche, dans le cadre de litiges relevant des juges judiciaires, la question de la légalité des actes administratifs y intervenant ne put être résolue implicitement. Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire exigeait, en effet, un débat sur la compétence juridictionnelle. L'exception d'illégalité, appelant un régime particulier, apparut, dès lors, comme une notion spécifique.

Il fallait la baptiser. Il y fut procédé au regard des caractères qu'elle présentait

³⁷ CE Sect. 1er avril 1955, Harrach, p. 193. V. également, pour l'application de l'expression au moyen soulevé par le demandeur, CE 20 février 1948, Bassac, p. 87 ; CE Sect. 1er avril 1955, Michel, *AJDA* 1955, p. 339 ; TA Clermont-Ferrand, 12 avril 1957, Amy, p. 747 ; TA Paris 10 juin 1958, Dumoulinneuf, p. 738 ; CE 20 juin 1958, Guimezanes, p. 372 ; *RDP* 1959, p. 108, note Valine ; CE 23 octobre 1964, Commissaire du gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Bordeaux, p. 487 ; CE Sect. 10 février 1967, Société des établissements Petitjean, *RTDE* 1967, p. 681, concl. Questiaux ; *AJDA* 1967, p. 267, chr. Lecat et Massot ; CE 11 avril 1973, Brulant, p. 294 ; CE Ass. 13 mai 1983, SA René Moline, p. 191 ; Civ Ière 19 juin 1985, *D* 1985, J, p. 485, rap. Sargos ; CE Sect. 7 février 1986, Colombet, p. 29 ; *RDP* 1986, p. 1161, concl. Dandelot ; CE 27 mars 1987, Société des pompes funèbres PLM, p. 112 ; CE 2 décembre 1987, Cézian, p. 893 ; CE 9 décembre 1988, Département du Tarn et Garonne, p. 433 ; *AJDA* 1989, p. 268, obs. Prétot ; TA Rennes 3 mai 1989, Coopérative agricole de Rennes, p. 389 ; CE 3 décembre 1990, Ville d'Amiens, p. 344 ; CE 7 décembre 1990, Territoire de la Nouvelle Calédonie, p. 353 ; CE 20 janvier 1992, Ville de Caen, p. 28 ; Pdt. Sect. Cont. CE 24 février 1993, Olivia, *DA* 1993, n°169.

³⁸ V. CE 28 mai 1908, Poulin, p. 581.

devant le juge saisi du problème. Or, au XIX^{ème} siècle, il s'agissait le plus souvent du juge répressif. La contestation indirecte de la légalité des actes administratifs se présentait, à ses yeux, comme une exception préjudicielle au jugement. D'un type particulier, puisque portant sur un problème de légalité administrative, cette exception devint alors l'exception d'illégalité.

“Ce pouvoir du juge est appelé exception d'illégalité parce que l'on peut exciper devant l'autorité judiciaire de la légalité de l'acte sans qu'il y ait lieu à renvoi devant une juridiction administrative”³⁹.

L'origine pénaliste de l'expression est corroborée par le contenu des premières études du sujet. Qu'il s'agisse de thèses⁴⁰ ou d'articles⁴¹, ces recherches ont, jusque dans les années 1930, été marquées par leur contenu. L'exception d'illégalité y était étudiée sous le seul aspect qui intéressait la doctrine de l'époque et que la jurisprudence Septfonds⁴² avait systématisé, celui de la contestation de la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires. Le fait qu'une exception d'illégalité puisse apparaître également devant une juridiction administrative était à peine aperçu et nullement commenté.

De son berceau, l'exception d'illégalité a gardé son identité. Baptisée ainsi pour satisfaire la terminologie pénale, elle a conservé son nom, même après que sa mise en oeuvre dans l'ordre administratif fut devenue le principal objet des réflexions doctrinales.

Toute incertitude n'est pas pour autant écartée. Si, désormais, le premier terme de l'expression “exception d'illégalité” est justifié, il reste à expliquer ce que recouvre celui d'illégalité.

2° - Il est manifeste qu'il se réfère au principe gouvernant l'action de

³⁹ C. Boissard, *L'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires*, Thèse Dijon, 1925, p. 11.

⁴⁰ V. A. Rives, *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris, 1908 ; R. Vecchiérini, *L'exception d'illégalité en France*, Thèse Paris, 1935.

⁴¹ V. M. Réglade, *L'exception d'illégalité en France*, RDP 1923, p. 393 ; A. Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 582.

⁴² V. TC 16 juin 1923, Septfonds, p. 498 ; D 1924, 3, p. 41, concl. Matter ; S 1923, 3, p. 49, note Hauriou.

l'administration, le principe de légalité. Charles Eisenmann⁴³ a pu démontrer que ce principe ne vise que le respect par l'administration des lois *stricto sensu*, c'est-à-dire des textes votés par le Parlement selon une procédure prévue à la Constitution. Cette objection n'a cependant provoqué aucune modification terminologique.

a - "La légalité est la qualité de ce qui est conforme à la loi. Mais, dans cette définition, il faut entendre le terme de "loi" dans son sens le plus large, qui est celui de "droit". La légalité exprime donc la conformité au droit et est synonyme de régularité juridique (...). Le terme de "légalité", entendu dans son sens le plus large, a pour lui l'ancienneté et il suffit, en l'employant, de savoir de quoi l'on parle"⁴⁴.

Il reste alors, puisque la loi ne suffit pas à épuiser le contenu du "bloc de légalité", à déterminer quelles autres normes le composent. "Certaines des règles dont le respect s'impose à l'Administration en vertu du principe de légalité ont une origine étrangère à l'administration, ainsi la Constitution ou la loi. D'autres, au contraire, sont posées par l'Administration elle-même : ce sont les actes administratifs unilatéraux qui peuvent la lier autant que les administrés"⁴⁵.

Le principe de légalité, auquel renvoie l'expression d'exception d'illégalité et dont elle constitue l'un des instruments de sanction, n'est pas séparable de la hiérarchie des normes. "La légalité est faite d'un ensemble hiérarchisé et complexe de normes constitutionnelles, législatives, jurisprudentielles, réglementaires, auxquelles s'ajoutent diverses normes procédant de conventions internationales. C'est à celles de ces normes qui leur sont supérieures que décisions et contrats doivent être conformes et c'est à elles qu'on devra les confronter quand on aura à en apprécier la légalité"⁴⁶.

C'est donc en fonction de chaque acte soumis au juge qu'est établi le bloc de légalité dont le respect s'impose. L'exception d'illégalité permet d'opérer, par voie incidente, ce qu'un recours direct fondé sur des moyens de droit objectif déclenche,

⁴³ C. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE 1957, p. 25.

⁴⁴ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. I, 12ème éd., PUF, 1992, p. 444.

⁴⁵ Ibid, p. 446.

⁴⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, 8ème éd., Montchrestien, 1994, n°1029.

un contrôle de la conformité ou de la non-contrariété à la norme supérieure au sein du bloc de légalité.

De ces précisions quant au sens de l'expression "exception d'illégalité", il ressort que celle-ci est un des instruments du respect du principe de légalité mais qu'elle se distingue des voies classiques par son caractère incident à un procès principal. Son champ d'application découle de ces éléments. L'exception d'illégalité ne vise que les actes administratifs.

b - Il existe certes d'autres types d'actes dans notre système juridique qui combine hétéronomie et autonomie. A leur égard s'exerce également des contrôles de leur conformité au droit, notamment par des voies incidentes. Mais, qu'ils visent des actes de droit privé, des actes communautaires ou des lois, ces procédés doivent être distingués de l'exception d'illégalité strictement entendue.

Les actes de droit privé sont soumis au respect du droit. Mais la catégorie des actes unilatéraux est marginale en ce domaine. A de rares exceptions près⁴⁷, l'immense majorité des actes en cause sont des contrats, soumis à la théorie classique des nullités.

Lorsque les conditions nécessaires à la validité d'un tel contrat font défaut ou n'ont pas été respectées, "le contrat n'a pas pu se former : il est nul"⁴⁸. La nullité du contrat se distingue de sa résolution ou de sa résiliation qui résultent de l'inexécution du contrat et non de son imparfaite formation. Comme en droit administratif, "la nullité, qu'elle soit absolue ou relative, doit être prononcée par le juge"⁴⁹, puisque les contrats bénéficient, comme les actes administratifs d'une sorte de présomption de

⁴⁷ V. notamment le testament (art. 895 c. civ.), la reconnaissance d'enfant naturel (art. 334-8 et 335 c. civ.), les renonciations ou le congé dans le cadre d'un bail d'habitation.

⁴⁸ H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 8ème éd., Montchrestien, 1991, n°292.

⁴⁹ Ibid, n°297.

validité que seul le juge peut détruire. “Le recours aux tribunaux est donc toujours nécessaire. Ce recours a lieu par voie d’exception quand le débiteur, poursuivi par le créancier, refuse l’exécution en invoquant la nullité ; il est exercé par voie d’action lorsque le demandeur en nullité prend les devants pour la faire prononcer”⁵⁰.

La différence entre cette hypothèse et l’exception d’illégalité est certaine. Le contrôle exercé par le juge judiciaire sur la validité des actes privés s’opère principalement au regard des dispositions du code civil. Si la voie de l’exception lui est ouverte, elle ne constitue pas une exception d’illégalité mais ce que l’on désigne parfois comme une exception de nullité⁵¹, bien que l’expression corresponde à une autre réalité⁵².

L’exception d’illégalité ne peut pas plus être utilisée pour désigner la contestation incidente des actes communautaires. A l’égard de ceux-ci, le Traité de Rome organise une procédure permettant à la Cour de Justice de l’Union européenne d’apprécier par voie d’exception leur conformité audit traité. Aux termes de l’article 177, “la Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel (...) b) sur la validité et l’interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté”. Cette procédure, dont l’utilisation par le juge administratif français est pour le moins parcimonieuse, permet donc un contrôle de conformité des seuls actes communautaires au regard du seul traité instituant la communauté. L’opposition est alors nette, malgré les similitudes procédurales, avec l’exception d’illégalité des actes administratifs internes. Elle se traduit par la dénomination usuelle de la voie de droit instituée par l’article 177, l’exception d’invalidité.

Enfin, l’exception d’illégalité ne saurait viser une loi. Dans la tradition juridique française, expression de la volonté générale, la loi est soustraite à tout contrôle

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid, n°326.

⁵² Il s’agit d’une variété d’exception de procédure, v. art. 112 du nouveau code de procédure civile.

juridictionnel. Cependant, la Constitution du 4 octobre 1958, a organisé un contrôle de la constitutionnalité des lois relevant de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel.

Les juges administratif et judiciaire ne peuvent donc accueillir devant eux une contestation, fût-elle incidente, de la constitutionnalité d'une loi. Un tel moyen est voué au rejet.

Le projet de loi constitutionnelle déposé en mars 1990 prévoyait pourtant que "les dispositions de loi qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil constitutionnel par voie d'exception à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction". Son rejet autorise à penser que, malgré l'existence d'un large courant favorable à sa reconnaissance, l'exception d'inconstitutionnalité ne verra pas prochainement le jour.

Le dogme de l'infailibilité de la loi est pourtant moins assuré qu'autrefois. Sous l'impulsion du Conseil constitutionnel lui-même, les juges se sont récemment reconnus le pouvoir de vérifier la conformité aux traités internationaux des lois dont l'application leur est demandée. Se fondant sur l'habilitation implicite qui leur serait donnée par l'article 55 de la Constitution⁵³, ils acceptent aujourd'hui de statuer sur ce qu'il est convenu d'appeler des "exceptions d'inconventionnalité"⁵⁴.

Qu'il s'agisse de l'éventuelle exception d'inconstitutionnalité ou de la réelle exception d'inconventionnalité, le caractère incident de la contestation ne doit pas induire en erreur. Ces deux appellations sont à réserver au cas où l'acte en cause est une loi. Ce n'est que dans une telle hypothèse qu'apparaît la spécificité des problèmes soumis au juge.

Lorsque la contestation porte sur la contrariété d'un acte administratif à la Constitution ou à un traité international, point n'est besoin de requalifier l'exception d'illégalité. Nous avons vu, en effet, que, par l'acception large qu'il convient de

⁵³ Aux termes de cet article, "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

⁵⁴ Ce néologisme semble en voie de généralisation. V. C.M., F.D., Y.A., *Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité*, AJDA 1991, p. 91.

réserver au principe de légalité, sont intégrées au bloc de légalité, au regard duquel s'effectue le contrôle du juge, les normes de valeur constitutionnelle ainsi que les normes issues des traités intégrés à l'ordre juridique français.

Distincte de l'exception en nullité des actes de droit privé, de l'exception d'invalidité des actes communautaires dérivés, des exceptions d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité à réserver au cas des lois, l'exception d'illégalité jouit donc d'un champ propre : elle ne s'exerce qu'à l'égard des actes administratifs, qu'ils soient unilatéraux ou contractuels⁵⁵.

C - Est-il pour autant opportun de s'engager plus avant dans la présentation de ce mécanisme juridique ? La question, posée à l'orée d'une longue étude consacrée à ce sujet, peut sembler provoquante. Elle n'en est pas moins d'actualité en raison d'une récente disposition législative entamant, pour la première fois, les principes gouvernant la matière.

N'est-ce pas l'indice d'une disparition prochaine de l'exception d'illégalité des actes administratifs ?

1° - Il ne semble pas. L'avenir de la notion n'est pas compromis. La loi du 9 février 1994, portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, ne rend pas vaine une étude de l'exception d'illégalité des actes administratifs. Persévérer dans la voie initiale semble donc indiqué, quitte à reconnaître, le cas échéant, l'existence de solutions contraires.

Faire prévaloir la rigueur du raisonnement juridique sur la volonté du législateur peut, toutefois, paraître entreprise bien téméraire, voire présomptueuse... Ce parti s'impose cependant au regard d'une analyse objective de la source des

⁵⁵ L'essentiel des développements ultérieurs sera consacré au cas des actes administratifs unilatéraux en raison de leur place dominante en matière d'exception d'illégalité. Cela n'exclura pas la présentation d'hypothèses issues du droit des contrats mais, faute de spécificité, elles n'appelleront guère de commentaire particulier.

atermolements.

Si, pour mettre fin à certaines incertitudes jurisprudentielles, le gouvernement a souhaité, sur recommandation du Conseil d'État lui-même⁵⁶, encadrer la faculté classiquement reconnue aux justiciables de contester, à l'occasion d'un litige, la légalité d'un acte administratif en commandant l'issue, la portée du texte voté par le Parlement est minime. Il n'est que de citer la disposition en cause, l'article L 600-1 du code de l'urbanisme : "l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la prise d'effet du document en cause".

Son champ est strictement circonscrit au droit de l'urbanisme et à certains documents réglementant l'utilisation des sols. Son contenu est également restreint puisque, loin d'interdire d'exciper de l'illégalité de tels actes, la loi tend seulement à limiter le délai dans lequel certains vices de légalité externe peuvent être invoqués par voie d'exception.

Personne ne s'en est caché, "le texte voté le 23 décembre 1993 se présente comme un "fourre-tout" désordonné où de sages mesures voisinent avec des dispositions conjoncturelles ad hoc, destiné à revenir sur des lois ou des jurisprudences récentes, illustration, une fois de plus, d'une instabilité chronique qui, en matière d'urbanisme n'est pas le monopole des autorités locales et de leur planification, mais prend ses modèles en haut lieu"⁵⁷.

Loi de circonstance, la loi du 9 février 1994, l'est assurément. Loin de porter un coup décisif à l'existence de l'exception d'illégalité des actes administratifs, elle manifeste bien plutôt l'enracinement du procédé dans le droit public français. Elle ne vise qu'à lui apporter quelques correctifs mineurs dans un domaine où ses effets la font de plus en plus redouter.

⁵⁶ V. CE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, Documentation Française, 1992.

⁵⁷ J. Morand-Deville, *Le Conseil constitutionnel et la "petite" loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme*, RA 1994, p. 75.

Les débats parlementaires sont, à cet égard, fort éclairants. L'exception d'illégalité y fut dénoncée comme "une mine, (...) un trésor d'artifices de procédure pour un certain nombre de justiciables"⁵⁸. "En effet, elle fait trop souvent le jeu de plaideurs de mauvaise foi et développe l'insécurité chronique des acteurs de l'urbanisme pour des motifs purement formels (...). L'intérêt général n'est-il pas ici la stabilité de la règle de droit et la sécurité du citoyen plutôt que la perfection de la forme juridique, au détriment des droits des citoyens ?"⁵⁹. Il semblait ainsi d'autant plus opportun de réagir que l'exception d'illégalité était même désignée responsable de l'insuffisance de la construction de logements en France⁶⁰...

Sa suppression, au regard de telles considérations, aurait alors paru logique. Elle ne fut pourtant jamais évoquée, les débats portant seulement sur les aménagements procéduraux à lui apporter en vue d'en réduire les effets.

La réticence à en restreindre strictement l'accès, manifestée tant par le gouvernement que par les parlementaires, s'explique aisément. Source d'une relative insécurité juridique pour certains, l'exception d'illégalité fut toutefois reconnue par tous comme un indispensable instrument du respect du principe de légalité.

Il convenait donc de "veiller à l'équilibre qui doit être établi entre le citoyen qui peut être lésé par une décision administrative et l'autorité administrative dont la décision est contestée et qui, elle aussi, a des droits à exercer"⁶¹.

Même en matière d'urbanisme, "l'impossibilité de faire état de cette illégalité, notamment par le jeu de l'exception d'illégalité, serait intolérable au regard du respect dû à la loi, laquelle ne saurait permettre que puissent être indéfiniment délivrées de nouvelles autorisations d'occuper ou d'utiliser le sol accordées sur le fondement d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document

⁵⁸ J-M. Girault, *JO Débats Sénat*, 14 octobre 1993, p. 3145.

⁵⁹ B. Bosson, *JO Débats Sénat*, 21 décembre 1993, p. 6792.

⁶⁰ V. B. Bosson : "Limiter dans le temps les recours à l'exception d'illégalité pour vice de forme est donc un acte de salubrité administrative évident, qui rendra le courage de l'initiative à ceux qui sont, à juste titre, découragés par ces risques aveugles", *JO Débats Sénat*, 14 octobre 1993, p. 3143.

⁶¹ J-M. Girault, intervention préc.

en tenant lieu illégal⁶².

Tant par son contenu que par l'esprit qui anime le texte, il semble donc que l'exception d'illégalité n'ait connu en 1994, ni un premier assaut annonciateur d'une ruine prochaine, ni même un décisif et important revers. Paradoxalement, elle sort renforcée d'une contestation marginale.

2° - Plus que jamais même, elle est d'actualité puisque, les circonstances ayant abouti à la loi précitée en témoignent, elle connaît un surcroît d'intérêt auprès des justiciables.

Il se traduit par un regain des études doctrinales sur la question. L'exception d'illégalité n'a jamais fait l'objet d'autant de recherches théoriques que depuis 1980. Nombreux sont les articles qui ont été consacrés à son régime ou à sa portée⁶³, parfois pour en systématiser la connaissance, parfois pour en renouveler la présentation. De la même manière, les développements qui lui sont consacrés dans les ouvrages de contentieux administratif sont de plus en plus fournis⁶⁴.

Curieusement, exceptés les deux articles publiés dans le répertoire Dalloz de contentieux administratif⁶⁵ et dans le juriscasseur administratif⁶⁶, aucune étude exhaustive n'est disponible. L'exception d'illégalité serait-elle trop connue pour justifier d'une semblable contribution ?

Il n'est que de lire les études précitées pour s'apercevoir que la matière brille plus par ses incertitudes que par sa netteté.

Cela justifie une tentative de remédier à cette situation. Loin de condamner

⁶² J. Tardito, *JO Débats Assemblée Nationale*, 1er décembre 1993, p. 6747.

⁶³ V. notamment, F. Chevallier, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, *AJDA* 1981, p. 331 ; P. Chrétien, *De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe (suite à un constat de décès prématuré ?)*, *AJDA* 1982, p. 20 ; M. Distel, *La notion d'opération administrative complexe*, *RA* 1981, p. 370 ; D. Boutet, *Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité*, *RDP* 1990, p. 1735 ; G. Peiser, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, *Mélanges Auby*, p. 277.

⁶⁴ Comparer, par exemple, les 1ère et 5ème éditions du *Droit du contentieux administratif* de R. Chapus, Montchrestien 1982 et 1995.

⁶⁵ V° *Exception d'illégalité*, par A. Bacquet.

⁶⁶ V° Fasc. 1160, *Exception d'illégalité*, par J. Barthélémy.

l'effort à la vanité, la loi du 9 janvier 1994, parce qu'elle déroge à certaines solutions présentées comme traditionnelles, appelle un approfondissement de la connaissance de l'exception d'illégalité. Comment juger la nouveauté, en apprécier sa portée, en rechercher les fondements, si, par ailleurs, le cadre théorique dans lequel elle s'insère est méconnu ?

C'est à un essai de synthèse et de clarification théorique qu'est vouée la présente recherche.

III - La principale ambiguïté de l'exception d'illégalité réside dans ses rapports avec les recours directs en annulation.

L'exception est invoquée à l'appui d'un recours principal qui peut être un recours pour excès de pouvoir ou un recours de plein contentieux objectif ou subjectif.

En toute hypothèse, ce recours par voie d'action tend à obtenir l'annulation d'une décision administrative qui est constituée, en cas de plein contentieux subjectif, par le refus d'indemniser le préjudice causé par la décision excipée d'illégalité. Il ressort de la définition qui en a été donnée que l'exception ne constitue au regard de l'action qu'un moyen avancé pour étayer la position de la partie qui l'invoque.

"En contentieux administratif, l'exception d'illégalité est un moyen qui est soulevé soit à l'appui des conclusions de la demande, soit par le défendeur à cette action. Dans le premier cas, le demandeur soutient que la décision qu'il attaque à titre principal, est illégale ou mal fondée parce qu'elle a été prise sur la base ou en application d'un autre acte, dont il conteste incidemment la légalité. Dans le second cas, le défendeur se prévaut incidemment, pour s'opposer aux prétentions du demandeur, de l'illégalité d'un acte dont la méconnaissance est invoquée"⁶⁷.

De cette qualité de moyen de droit, il devrait résulter une soumission automatique de l'exception d'illégalité au régime classique de cette catégorie

⁶⁷ A. Bacquet, art. préc.

juridique. La recherche envisagée se bornerait-elle alors à l'examen de la transposition de ce régime au cas de l'exception ?

A - Semblable objectif serait peu attrayant. Il serait, en outre, fortement réducteur. Car l'exception d'illégalité n'est pas un moyen de droit comme un autre.

"C'est un moyen qui présente des caractéristiques particulières, en ceci qu'il met en cause la légalité de la décision attaquée à titre principal non pas de manière directe et en raison des vices propres qui entacheraient cette décision mais de manière indirecte, au second degré, à raison de l'illégalité d'un autre acte : l'annulation de la décision attaquée est demandée comme conséquence de l'illégalité d'un acte antérieur, illégalité qui a "contaminé" la décision prise sur le fondement de cet acte ou en ayant fait application"⁶⁸.

L'originalité du moyen de droit formé par l'exception d'illégalité réside alors dans la greffe qu'elle opère d'une question de légalité au sein d'une question de légalité principale. L'exception est la reconnaissance par le juge de l'éventuelle imbrication de contestations de droit. Elle se présente comme une question de droit au second degré, qui influe sur l'issue du recours au fond.

De ce caractère découlent logiquement bien des difficultés. Schématiquement, elles se produisent à deux niveaux distincts. L'ambiguïté des rapports entre l'exception d'illégalité et le recours par voie d'action au cours duquel elle apparaît, se manifeste au regard des modalités de leur combinaison. L'exception n'a pas pour objectif de dévier le débat principal. Si elle contraint le juge et les parties à s'en écarter quelque peu, elle ne le fait que temporairement. Le détour juridique est accepté parce qu'il permet de parvenir au but désiré : la solution du litige. La liaison de l'exception à l'action est donc une première source d'interrogations.

Elle n'est pourtant pas la seule ni la plus délicate. Car l'exception d'illégalité dévie le débat principal vers un nouveau. La question initiale est provisoirement délaissée au profit d'une autre visant un acte distinct de celui attaqué. Ce débat dans

⁶⁸ Ibid.

le débat jouit, intellectuellement du moins, d'une complète autonomie. Sa solution intervient au terme d'un raisonnement indépendant du recours au fond.

L'exception d'illégalité apparaît alors comme une forme de contestation de la légalité d'un acte administratif. Hormis son caractère incident, elle présente logiquement les mêmes traits que les recours ayant un tel objet. Elle suppose ainsi que des moyens soient avancés à son soutien et que le juge réponde aux critiques formulées en se prononçant sur la légalité de l'acte en jeu. L'autonomie intellectuelle de l'exception d'illégalité au regard du recours dans lequel elle s'insère n'en est pas moins génératrice de multiples équivoques.

B - N'est-elle qu'une forme, parmi d'autres, de contestation des actes administratifs et obéit-elle au même régime contentieux que celles-ci ? Est-elle assimilable à un recours en annulation, qu'il se matérialise par un recours pour excès de pouvoir ou par un recours de plein contentieux ? Ou son caractère incident implique-t-il, au contraire, une stricte distinction entre elle et les recours directs ? En bref, l'exception d'illégalité est-elle matériellement autonome des recours en annulation ?

L'hypothèse initiale d'une simple transposition du régime des moyens de droit au cas de l'exception d'illégalité paraît bien insuffisante. Etudier cette dernière conduit à s'interroger sur les modalités de conciliation entre ses deux qualités essentielles, celles de moyen de droit et de contestation de légalité d'un acte autre que celui attaqué au principal. C'est finalement moins son originalité comme moyen qu'il convient d'examiner que sa singularité comme technique de contrôle de la légalité d'un acte. Force est, cependant, de reconnaître que chacun de ces traits tire de l'autre sa spécificité.

1° - Quant à l'autonomie de l'exception d'illégalité au regard des recours en annulation, il est intéressant de noter l'emploi qu'a fait le juge administratif de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle au recours pour excès de

pouvoir.

Ce chef d'irrecevabilité a été consacré pour éviter qu'une même question de légalité ne puisse être portée simultanément devant le juge de l'excès de pouvoir et devant un autre tribunal compétent pour trancher l'ensemble du litige et que ne soient générées de la sorte des contradictions jurisprudentielles.

"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"⁶⁹. L'exception de recours parallèle est ainsi opposée toutes les fois que le requérant dispose d'une voie de recours équivalente au recours pour excès de pouvoir. Cela vaut dès lors qu'une autre action contentieuse lui permettrait d'empêcher l'application à son détriment de l'acte incriminé.

La question de savoir si l'exception d'illégalité d'un acte administratif, soulevée devant n'importe quel juge, constitue un recours parallèle au recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte en cause ne manqua pas de se poser en jurisprudence.

Elle impliquait logiquement une appréciation de l'éventuelle équivalence entre ces deux types de contestation de légalité et donc, indirectement, de l'autonomie ou de l'assimilation de la première au second.

La jurisprudence a connu en la matière une évolution. Initialement, le Conseil d'État jugeait que la faculté ouverte au demandeur de critiquer incidemment un acte à l'occasion d'une instance liée à son application éventuelle justifiait l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir exercé à son encontre. L'exception d'illégalité recevable devant un autre juge, était alors considérée comme un exact substitut au recours pour excès de pouvoir⁷⁰. Sa spécificité était refusée, son autonomie exclue.

⁶⁹ M. Waline, *Traité de droit administratif*, 7ème éd., Sirey, 1957, n°809.

⁷⁰ V. notamment en matière de règlement de police, CE 30 juillet 1863, Didier, p. 626, concl. Robert ; CE 4 février 1869, Boulangers de Montluçon, p. 94, concl. Belbeuf. V. également en matière électorale, CE 27 février 1868, Élections d'Alger, p. 240 ; CE 25 février 1876, Élections de Toulouse, p. 194 ; CE 5 juillet 1878, Bartholin, p. 646 ; CE 7 février 1879, Élections de Fabrègues, p. 106 ; CE 8 janvier 1886, Élections de la Bâtie-Montgascon, p. 13 ; CE 8 août 1888, Gapail, p. 740 ; CE 4 février 1901, Élections de Bettancourt, p. 146. V. enfin, en matière fiscale, CE 30 mai 1861, Couppé

Le régime de l'exception était donc suffisamment proche de celui d'un recours pour excès de pouvoir pour que la recevabilité de celle-ci exclût celui-là. L'assimilation l'emportant sur l'autonomie, il n'est pas étonnant que si, à l'époque, fleurirent les études consacrées à l'exception d'illégalité, elles ne s'y intéressèrent qu'au regard de ce qui en constituait la seule difficulté, la détermination de la compétence du juge judiciaire à son égard. Toute autre question justifiait d'un simple renvoi au régime du recours pour excès de pouvoir.

Mais il apparut avec l'affinement de la notion d'exception d'illégalité que l'identité entre les deux voies de droit procédait d'un abus.

Si elles semblent, en effet, similaires dans leur nature qui est de conduire à l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, elles diffèrent profondément quant aux conséquences de cette appréciation. Quand l'acte est l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, son annulation rétroactive découle de son illégalité. En cas de contestation par voie d'exception, son illégalité n'autorise que sa mise à l'écart occasionnelle. Dès lors, le juge administratif ne tarda pas à reconnaître qu'en égard à leurs effets, recours pour excès de pouvoir et exception d'illégalité ne peuvent être identifiés et qualifiés de recours parallèles.

Le revirement de jurisprudence fut rapidement opéré quant aux règlements de police. Depuis deux arrêts de principe de 1872, le recours pour excès de pouvoir est toujours recevable, nonobstant la faculté qu'auraient les intéressés de contester la légalité de l'acte devant les tribunaux judiciaires en cas de poursuite pour contravention⁷¹. Edouard Laferrière expliquait ainsi la solution : "il ne serait ni juridique ni équitable de considérer ce moyen de défense, qu'il tirerait de l'illégalité

d'Abboville, p. 425, concl. L'Hôpital ; CE 12 février 1863, Grelleau, p. 106 ; CE 23 avril 1875, Gravelet, p. 349 ; CE 8 février 1878, Bizet, p. 126 ; CE 7 mai 1880, Poujaud, p. 430 ; CE 26 novembre 1880, Mainemare, p. 926 ; CE 29 juillet 1881, Guiotat, p. 742 ; CE 19 novembre 1886, Nau, p. 808 ; CE 17 mai 1901, Thevenet, p. 472 ; CE 16 janvier 1903, Houyvet, p. 17 ; CE 4 décembre 1903, Barthe, p. 742 ; CE 14 janvier 1916, Torré, p. 22 ; CE 8 juillet 1921, Société Norddeutscher Lloyd Paris-office, p. 682.

⁷¹ V. CE 29 novembre 1872, Baillergeau, p. 671 ; CE 20 décembre 1872, Billette, p. 732. Pour des applications ultérieures, v. CE 5 décembre 1873, Lièvre, p. 886 ; CE 26 novembre 1875, Pariset, p. 934 ; CE 3 décembre 1875, Clairouin, p. 951 ; CE 3 août 1877, Chardin, p. 751 ; CE 18 janvier 1884, Belleau, concl. Le Vasseur de Précourt, p. 48.

de l'acte, comme l'équivalent d'une action ; d'exiger que la partie lésée soit réduite à la défensive devant le juge de répression, au lieu de prendre l'offensive devant le juge de l'excès de pouvoir. C'est pourquoi le recours au Conseil d'État peut être directement formé contre le règlement ou l'arrêté dont il s'agit⁷².

La transposition de cette solution au cas des contentieux électoral et fiscal fut plus lente mais elle fut réalisée au début de ce siècle⁷³. Elle se fonda sur la considération simple de ce que "le recours parallèle ne peut être qu'une action et non une exception. Il n'existe que s'il permet à l'intéressé de saisir directement le juge. Il ne suffit pas que l'intéressé puisse se défendre à l'occasion d'un procès"⁷⁴.

Ainsi la circonstance que la légalité d'un acte est susceptible d'être discutée devant un juge à l'occasion de chacune de ses applications ne peut faire obstacle à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir qui seul entraîne la disparition définitive de l'acte illégal. "La fin de non-recevoir (...) ne joue que si le recours prétendument parallèle permet d'obtenir un résultat aussi satisfaisant et efficace que le recours pour excès de pouvoir. Il faut donc que ce soit un recours juridictionnel et un recours permettant d'obtenir l'annulation de l'acte contesté"⁷⁵.

Tel n'étant pas le cas de l'exception d'illégalité selon la théorie classique, elle ne saurait constituer un recours équivalent au recours pour excès de pouvoir.

Cette solution jurisprudentielle n'est pas indifférente à notre propos. Elle témoigne de l'impossible assimilation de l'exception d'illégalité à un recours en annulation. Par delà l'analogie apparente, tenant à la critique de la légalité d'un acte administratif, il existe entre ces diverses procédures des dissemblances.

Celles-ci, qui ont été prises en compte implicitement en jurisprudence pour

⁷² E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., 1888, T II, p. 451.

⁷³ V. pour l'abandon de l'exception de recours parallèle en matière électorale, CE 5 avril 1905, Élections de Mende, p. 339 ; CE 4 décembre 1931, Espiard, p. 1082 ; CE 17 janvier 1990, Élections municipales de Guingamp, p. 803. V. également pour son abandon en matière fiscale, CE 13 mai 1921, Société des pompes funèbres générales, p. 482 ; CE 16 mai 1930, Sautel, p. 519 ; CE 20 juin 1930, Marrot, p. 644 ; CE 20 mars 1931, Trutié de Varreux, p. 330 ; CE 8 décembre 1933, Trutié de Varreux, p. 1153 ; CE 21 juillet 1937, SA des riz d'Indochine, p. 736 ; CE Sect. 21 mars 1969, Société Hauser, *AJDA* 1969, p. 498, obs Lamarque.

⁷⁴ L. Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir, 1872-1900*, Dalloz 1952, p. 58.

⁷⁵ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. II, 12ème éd., PUF, 1992, p. 287.

résoudre le problème de l'exception de recours parallèle, autorisent à considérer l'exception d'illégalité comme une notion spécifique, dotée d'une finalité et d'un régime propres. Il reste alors à identifier ce dernier.

2° - Pour ce faire, un dépouillement systématique des recueils de jurisprudence est nécessaire. En effet, l'exception d'illégalité est apparue et s'est modelée au travers de l'oeuvre des tribunaux tant administratifs que judiciaires. Faute de textes régissant la matière, les juges ont dû élaborer seuls la notion et son régime. La jurisprudence forme ainsi la seule base documentaire de toute recherche sur l'exception d'illégalité.

Il en découle une conséquence méthodologique. Autant que la déduction, c'est l'induction qui sera le procédé intellectuel employé. Partir des faits, des arrêts, pour s'élever peu à peu aux idées générales, pour dégager des principes, pour déterminer d'éventuels fondements est nécessaire quand, comme en l'espèce, les solutions sont incertaines, les précédentes analyses doctrinales rares et parcellaires. La déduction ne sera pas pour autant négligée car elle autorise une vérification constante de la véracité des hypothèses formulées par le seul raisonnement inductif. Elle sera également indispensable pour les problèmes à résoudre au regard de principes juridiques connus par avance.

Toute méthode a cependant ses inconvénients. La présente déconcerte par l'abondance des documents qu'elle contraint à rassembler. Des choix s'imposent pour ne pas alourdir ni obscurcir la démonstration. L'exhaustivité ne doit pas préjudicier à la précision et à la concision. Il reste que tout choix est sujet à discussion du moins quant à son opportunité.

Il pourra, ainsi, être reproché la mise à l'écart de certains faits jugés contraires aux propositions formulées. En effet, lorsque la synthèse n'est accessible qu'au prix d'une généralisation de multiples solutions d'espèce, des décisions ne peuvent parfois être intégrées à la construction. Cela ne saurait suffire à condamner la méthode retenue puisqu'elle a pour objet de mettre à jour, derrière les faits, des

règles jusque là dissimulées.

L'existence de cas contraires n'est alors que la manifestation de l'incertitude théorique régnant en la matière et à laquelle le but de toute recherche est de tenter de mettre fin.

“Lorsqu'on fait oeuvre doctrinale, il faut choisir entre deux registres : ou bien l'on se situe dans une parfaite abstraction, en proposant un modèle dont il importe peu qu'il corresponde aux réalités positives, mais alors il ne faut pas prétendre s'appuyer sur elles ou les dénoncer si elles ne sont pas conformes à la théorie pure ; ou bien l'on essaye de dégager ce que contient, ce qui explique l'institution étudiée et il ne faut pas celer ce qui nuance voire contredit l'idée directrice”⁷⁶.

Au cours de cette recherche, la seconde démarche sera adoptée. Elle rejette toute abstraction injustifiée mais n'exclut pas, en revanche, qu'entre plusieurs réalités, un choix soit opéré. Ainsi, confronté à des contradictions jurisprudentielles est-il toujours loisible de prôner l'abandon d'un des termes au profit de l'autre. Seule doit primer la rigueur du raisonnement juridique, surtout lorsqu'elle s'appuie, comme ce sera le plus souvent le cas, sur une jurisprudence majoritaire.

3° - Comment alors organiser l'étude ? Par quelle voie aborder l'examen de l'autonomie de l'exception d'illégalité au regard des autres procédés de contestation de la légalité des actes administratifs ?

L'étude comparée du recours pour excès de pouvoir, du recours de plein contentieux et de l'exception d'illégalité ne serait guère pertinente. En effet, cette dernière est encore trop méconnue, trop peu systématisée pour être confrontée d'emblée aux procédés concurrents. La logique impose de présenter l'exception d'illégalité telle qu'elle découle de la jurisprudence et d'en montrer, au fur et à mesure, les traits originaux au sein des instruments du respect du principe de légalité. C'est ainsi seulement qu'il est possible de répondre efficacement à l'interrogation formulée.

⁷⁶ P. Delvolvé, préf. thèse F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ 1981.

Semblable parti ne suffit cependant pas à structurer la recherche envisagée. Il faut encore décider de l'ordre d'examen des caractères de l'exception d'illégalité. Si elle constitue, comme il est affirmé, une notion autonome, son exposé doit s'articuler autour de quelques points essentiels, à identifier.

L'exception d'illégalité est un mécanisme de pur contentieux qui confronte le juge qui en est saisi à une question de légalité administrative. Les questions qu'il doit se poser pour trancher la difficulté sont similaires à celles rencontrées en cas de recours par voie d'action. Seules les réponses qu'il lui apporte sont susceptibles de varier en raison de la spécificité du débat incident.

Nous l'avons déjà constaté, des impératifs de stabilité et de sécurité juridique imposent d'encadrer la contestation de la légalité des actes administratifs dans de strictes conditions de délai. Le mécanisme de l'exception d'illégalité permet, certes, d'en assouplir la rigueur mais n'est-il pas, néanmoins, nécessaire de limiter à son tour la recevabilité temporelle de l'exception, sous peine, sinon, de vider de leur sens les règles de délai d'action ?

Par ailleurs, le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire qui gouverne notre système juridictionnel depuis deux siècles interdit, en principe, aux juridictions judiciaires de connaître des actes administratifs. Que faire alors quand une exception d'illégalité est soulevée devant un tel juge, parce qu'une décision de l'administration influe sur la solution du litige dont il est saisi ?

De même, quelle portée attribuer à l'éventuelle confirmation par le juge du bien-fondé de l'exception d'illégalité ? L'annulation d'un acte ne peut intervenir que sur un recours exercé dans un délai déterminé. Quel est alors l'effet de l'appréciation du juge sur la légalité de l'acte critiqué incidemment ?

Toutes ces questions ne diffèrent guère de celles que le juge doit résoudre lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation. Il est alors logique de mener notre étude en suivant l'ordre d'examen qu'il retient classiquement en tel cas. La comparaison de l'exception d'illégalité aux autres procédés de contestation de la légalité des actes administratifs n'en sera que plus facile.

Quel est cet ordre d'examen ? La logique prescrit d'étudier tour à tour, face à une requête, la compétence du juge, puis sa recevabilité, son bien-fondé et, enfin, la portée de la décision rendue à son sujet. Les questions s'enchaînent ainsi, aucune ne pouvant être résolue sans que les précédentes ne le soient⁷⁷.

Il en va de l'exception d'illégalité comme des recours en annulation. Les problèmes de droit s'y présentent selon la même ordonnance. Les réponses seules diffèrent.

L'autonomie de l'exception d'illégalité apparaît clairement au regard du juge compétent pour y répondre, des modalités de son examen et de la portée de la déclaration d'illégalité à laquelle elle conduit le cas échéant.

PLAN :

PREMIÈRE PARTIE - Le juge de l'exception d'illégalité.

DEUXIÈME PARTIE - L'examen de l'exception d'illégalité.

TROISIÈME PARTIE - La portée de la déclaration d'illégalité.

⁷⁷ Excepté lorsque le juge, par souci d'efficacité, préfère rejeter au fond un recours sans s'interroger sur sa recevabilité. V. pour un exemple récent, CE 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, *AJDA* 1994, p. 898, concl. Maugué.

⁷⁸ V. par exemple, pour le cas où le juge de l'action est le Conseil d'État, CE 8 janvier 1936, Association amicale du personnel du ministère de l'agriculture, p. 38 ; CE Ass. 13 mai 1949, Bourgain, p. 214 ; CE Ass. 27 février 1942, p. 68 ; CE 17 décembre 1975, Millet, p. 1085 ; et pour le cas où le juge de l'action est un tribunal administratif, TA Pau 26 novembre 1965, Mannes, p. 798 ; TA Paris 18 décembre 1975, Société Géo, p. 784 ; TA Rennes 7 février 1985, OGEc la Providence à Saint-Brieuc, p. 441.

PREMIÈRE PARTIE

LE JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

Constituant une question incidente à un litige principal, l'exception d'illégalité d'un acte entraîne immédiatement un problème de compétence juridictionnelle. L'incertitude tient alors à la détermination des règles à respecter. Le juge compétent pour statuer sur le moyen est-il désigné par référence aux principes traditionnels de répartition des compétences ? Ou, au contraire, les caractères de l'exception d'illégalité imposent-ils de mettre en oeuvre un raisonnement particulier ?

Il est nécessaire, pour étudier la question, de distinguer un certain nombre d'hypothèses.

Si l'exception peut ne soulever qu'une question dont le juge de l'action aurait pu être saisi au principal, une semblable situation, pour être fréquente⁷⁸, ne soulève

aucune difficulté. En effet, elle ne confronte pas à la complexité des règles de répartition des compétences juridictionnelles. Il est logique que l'exception d'illégalité soit examinée par le juge saisi.

La difficulté naît quand le juge du principal n'est pas celui compétent pour statuer sur le recours direct qui pourrait être dirigé contre l'acte dont l'illégalité est excipée.

De délicates questions apparaissent alors, qu'il s'agisse de déterminer, d'une part, l'ordre juridictionnel compétent, ou, d'autre part, au sein de chacun d'eux, la juridiction compétente pour trancher le litige. L'éventuelle scission entre la compétence au principal et la compétence sur l'exception est manifestement originale. Ouvrant un débat dans le débat, elle peut conduire à un conflit de compétences pour résoudre un seul et même litige.

Que faire en telle hypothèse ? Le juge de l'action doit-il se déclarer incompetent pour le tout, l'incompétence sur l'exception contaminant en quelque sorte sa compétence sur l'action ? Doit-il, au contraire, trancher lui-même l'ensemble du litige, en considérant que sa compétence sur l'action implique sa compétence sur l'exception ? Ou doit-il, enfin, et de manière plus nuancée, décliner sa compétence sur l'exception, surseoir à statuer et renvoyer les parties devant la juridiction ad hoc, qu'elle soit ou non du même ordre juridictionnel que le sien ?

De ces trois éventuelles solutions, la première est à écarter d'emblée. Il en résulterait nécessairement un déni de justice prohibé par l'article 4 du code civil⁷⁹, car ni le juge de l'action ni le juge de l'exception ne pourraient statuer sur l'affaire.

Les deux autres comportements sont plus aisément acceptables.

Le deuxième fait prévaloir des considérations de rapidité, favorables aux justiciables et propres à remédier à la lenteur traditionnelle de jugement des litiges par les juridictions françaises. "C'est presque une règle de bon sens : un tribunal ne peut pas apprécier la valeur d'une demande, s'il ignore les moyens de défense

⁷⁹ " Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

opposés par l'adversaire. Ne fût-ce que pour la rapidité du procès et la commodité des justiciables, il est infiniment à désirer qu'on ne le renvoie pas à tout moment d'un tribunal à un autre"⁸⁰. "Ce n'est donc que pour de très sérieuses raisons que l'on doit obliger un juge saisi d'une action, à se dessaisir de l'exception... En certains cas, ces raisons sérieuses peuvent exister : par suite des règles de compétence qui attribuent à chaque tribunal, à l'exclusion des autres, la connaissance de certains procès et de certaines questions, il peut se faire qu'un moyen de défense, proposé devant une certaine juridiction, soulève un problème tout à fait en dehors de sa compétence"⁸¹.

C'est énoncer clairement le mérite du troisième comportement offert au juge du principal. Il manifeste un strict respect des règles de répartition des compétences juridictionnelles et assure aux plaideurs la garantie que chaque point de droit est tranché par un juge spécialisé. Mais cette rigueur juridique est source de lenteur et de frais.

Entre ces deux exigences, d'égale valeur aux yeux des justiciables, le choix est délicat. Il ne peut s'effectuer qu'en considération de la force à attribuer à chacun des principes en cause. Or, si le désir d'une justice rapide n'a que la force morale d'un objectif idéal, le respect des compétences juridictionnelles est imposé par la force juridique des textes les déterminant. Pour tenter de hiérarchiser les solutions en conflit, il convient de distinguer le cas où l'exception d'illégalité met en cause la pluralité d'ordres juridictionnels du cas où elle ne concerne que la répartition des compétences internes à chacun d'eux.

Or, si la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987⁸² a dénié valeur constitutionnelle aux textes révolutionnaires ayant posé le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, elle n'en a pas moins accordé

⁸⁰ Dehesdin, *De la règle le juge de l'action est juge de l'exception*, Thèse Paris, 1911, p. 9.

⁸¹ Ibid, p. 10.

⁸² CC 23 janvier 1987, p. 8 ; *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *D* 1988, p.117, note Luchaire ; *GP* 18 mars 1987, note Lepage-Jessua ; *JCP* 1987, I, 3200, chr. Drago, et II, 20854, note Sestier ; *LPA* 13 février 1987, p. 21, note Sélinsky ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *RFDA* 1987, p. 287, note Genevois.

semblable valeur à une partie de la compétence des juridictions administratives et, implicitement, à une partie de celle des juridictions judiciaires. Une exception d'illégalité, qui présentée devant un juge, relèverait au principal d'un juge de l'autre ordre, devrait conduire le premier à se déclarer incompétent.

Il convient cependant de noter que la compétence constitutionnellement garantie des juridictions administratives ne porte que sur l'annulation et la réformation des décisions prises par des personnes publiques dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Elle ne semble donc pas couvrir le cas de la contestation par voie d'exception de la légalité des actes administratifs⁸³. Quant à la compétence constitutionnelle des juridictions judiciaires, elle a été trop obscurément définie en 1987 pour que l'on puisse se prononcer sur l'inclusion dans son champ de l'exception d'illégalité d'actes relevant des matières en faisant partie. Le respect des règles de répartition des compétences juridictionnelles ne paraît donc pas, en matière d'exception d'illégalité, s'imposer comme un principe constitutionnel.

Cependant, les compétences respectives des juges administratifs et judiciaires ne peuvent être déterminées que par le pouvoir législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui place dans le domaine législatif la fixation des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques⁸⁴.

Les juridictions françaises étant tenues de respecter les textes ayant force de loi, l'exception d'illégalité, si elle met en cause la compétence respective des deux ordres, doit pareillement respecter les lois régissant la matière. Le juge du principal ne peut alors que reconnaître son incompétence partielle sur l'affaire, surseoir à statuer et renvoyer les parties faire résoudre la question de droit litigieuse devant le juge ad hoc de l'autre ordre. L'exception d'illégalité est ainsi pour lui une question préjudicielle, c'est-à-dire une question nécessaire au jugement qu'il doit rendre mais

⁸³ Car une exception d'illégalité ne peut conduire qu'à une déclaration d'illégalité et non à une annulation ou à une réformation. V. infra, Troisième Partie, Chapitre I, p 574.

⁸⁴ La compétence du législateur est, au surplus, reconnue par le Conseil constitutionnel pour aménager, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les compétences constitutionnellement garanties des ordres administratif et judiciaire. V. sur ce point, la décision du 23 janvier 1987, préc.

dont la solution ne peut être donnée que par un juge de l'ordre juridictionnel opposé⁸⁵.

Cette solution n'est toutefois que le cas le plus général, car il ne faut pas exclure les hypothèses où le législateur, usant des facultés à lui dévolues par la Constitution et le Conseil constitutionnel⁸⁶, décide qu'un juge a plénitude de juridiction. Il peut alors statuer lui-même sur toutes les exceptions soulevées au cours de l'instance qui ne sont pour lui que questions préalables.

Nous n'avons étudié jusqu'ici que l'hypothèse où l'exception d'illégalité relèverait en tant qu'action principale d'un juge de l'ordre juridictionnel auquel n'appartient pas le juge du principal. En d'autres termes, notre recherche portant sur l'exception d'illégalité des actes administratifs, l'hypothèse en cause est celle où un acte de cette nature est argué d'illégalité devant un juge de l'ordre judiciaire, qu'il soit répressif ou non répressif.

Mais le juge de l'action est-il, de la même manière, condamné à renvoyer la question lorsque, posée au principal, elle relèverait d'un juge de son ordre ? Nous visons ici, bien entendu, le cas de l'exception d'illégalité d'un acte administratif soulevée, au cours d'un litige principal, devant une juridiction administrative.

Là encore, il convient d'établir la valeur juridique des règles en cause. Or, l'alinéa précédemment cité de l'article 34 de la Constitution qui inclut certaines matières dans le domaine législatif, n'a pas été interprété comme concernant la

⁸ Certains auteurs estiment que la question préjudicielle n'est qu'une variété de question préalable: celle-ci étant "une question dont la solution conditionne nécessairement le jugement du procès, sans se confondre avec cette solution", la question préjudicielle est alors "une question préalable dont la solution échappe à la compétence du juge de l'ensemble du procès" (Waline, *Droit administratif*, 7ème éd., Sirey 1957, n° 90). Tout en souscrivant à cette conception, qui fut celle de Laferrière (v. *Traité de la juridiction administrative*, 1887, T I, p. 443 : "Les unes et les autres ont ce caractère commun qu'elles préjugent la solution d'un litige...La question préalable est donc le genre, la question préjudicielle est l'espèce"), nous nous en tiendrons cependant au cours de cette étude, pour des considérations de simplicité, à la terminologie traditionnelle qui distingue question préalable et question préjudicielle, dont le seul point commun est d'être toutes deux des questions accessoires au litige principal.

⁸⁶ Il s'agit de la possibilité de déroger à la répartition des compétences constitutionnelles des juridictions dans le souci d'une bonne administration de la justice et de la compétence traditionnelle du législateur pour fixer cette répartition en dehors de son domaine constitutionnellement protégé.

répartition des compétences internes à chaque ordre de juridiction⁸⁷. Celle-ci est donc, en principe⁸⁸, l'attribut du pouvoir réglementaire.

Le juge du principal, qui n'est lié par une disposition réglementaire que dans la mesure où elle n'est contraire à aucun principe supérieur, peut désirer reconnaître dans la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception" un tel principe. En ce cas, l'exception d'illégalité ne serait pour lui qu'une question préalable, c'est-à-dire une question accessoire mais dont il aurait compétence pour connaître en vertu de la plénitude de juridiction du juge saisi au principal.

Il ressort d'ores et déjà de cette analyse théorique que si l'exception d'illégalité des actes administratifs devrait constituer une question préjudicielle lorsqu'elle met en cause la séparation des autorités, le législateur peut décider qu'il en aille autrement en faisant prévaloir le désir d'accélérer le cours de la justice. De la même façon, la valeur simplement réglementaire des règles de répartition interne des compétences au sein de chaque ordre peut permettre aux juges concernés de faire prévaloir ce même désir de rapidité, en l'érigeant en principe à valeur supra-réglementaire.

La compétence pour statuer sur l'exception d'illégalité d'actes administratifs ne peut être déterminée au regard des seules règles gouvernant classiquement la répartition des compétences. Le caractère incident de la contestation de légalité est un facteur de complexité et, nécessairement, de singularité.

Cette analyse est confirmée par la réalité, ainsi que va le démontrer l'étude successive des hypothèses où le juge de l'action est ou n'est pas juge de l'exception.

⁸⁷ V. CC 23 février 1988, p. 34.

⁸⁸ Sur les exceptions V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien 1995, n°109.

⁸⁹ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, T. II, LGDJ, 1973, n° 455.

PLAN :

CHAPITRE PREMIER - LE JUGE DE L'ACTION, JUGE DE L'EXCEPTION.

CHAPITRE SECOND - LE JUGE DE L'ACTION, INCOMPÉTENT POUR STATUER SUR L'EXCEPTION.

CHAPITRE PREMIER

LE JUGE DE L'ACTION, JUGE DE L'EXCEPTION

Alors même qu'il ne serait pas compétent pour juger un éventuel recours en annulation dirigé contre l'acte excipé d'illégalité, le juge du principal peut, dans certains cas, trancher lui-même le moyen. Cela se traduit concrètement par une dérogation aux règles traditionnelles de compétence en matière de contentieux de la légalité. L'autonomie du régime de l'exception d'illégalité est dès lors évidente et se traduit par une maxime classique.

“La règle que le juge de l'action est juge de l'exception signifie que la juridiction saisie de la demande est compétente pour statuer sur les moyens de défense qui sont opposés par le défendeur, alors même que ces moyens soulèvent des questions qui, si elles se posaient distinctement et faisaient l'objet d'une demande principale, échapperaient à sa compétence soit d'attribution soit territoriale”⁸⁹.

Le principe de la plénitude de juridiction⁹⁰ du juge saisi de l'action conduit à qualifier de questions préalables toutes les exceptions soulevées devant lui. Compétent pour en connaître, il peut alors trancher l'ensemble du litige sans avoir à surseoir à statuer sur le moyen en cause, à renvoyer les parties devant le juge compétent et à attendre sa décision pour rendre son jugement sur le fond.

Garantie de célérité et de prise en considération globale de tous les éléments de l'affaire par le juge⁹¹, la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception", parfois explicitement consacrée par le juge administratif⁹², témoigne du souci d'une bonne administration de la justice. Cette considération joue pleinement lorsque l'exception d'illégalité de l'acte administratif se produit au sein de l'ordre juridictionnel administratif mais elle ne s'impose que partiellement lorsqu'est en jeu la séparation des autorités administrative et judiciaire.

SECTION I - UN PRINCIPE CONSACRÉ AU SEIN DE L'ORDRE ADMINISTRATIF.

L'exception de nullité d'un acte de droit privé peut apparaître aussi bien devant une juridiction judiciaire que devant une juridiction administrative. De la même manière, l'illégalité d'un acte administratif peut être excipée devant un juge administratif ou judiciaire.

⁹⁰ Nous emploierons indifféremment, au cours de cette étude, les expressions plénitude de juridiction et plénitude de compétence.

⁹¹ "Il faut que le procès lui apparaisse dans la complexité et la réalité des prétentions respectives des plaideurs et par conséquent dans son unité sans devoir être morcelé en plusieurs fractions soumises à des tribunaux différents", H. Solus et R. Perrot, op. cit., n° 455.

⁹² V., mais concernant curieusement la plénitude de compétence du juge judiciaire, CE 11 janvier 1952, de Saint Chamas, p. 24 ; CE 28 juillet 1952, Leissner, p. 433 ; CE 2 juillet 1954, Dillée, p. 418.

Seules sont visées dans cette étude, les exceptions d'illégalité d'un acte administratif au cours d'une instance administrative. Le problème de la critique incidente de la validité des actes de droit privé devant le juge administratif, ou devant le juge judiciaire, ne rentre pas dans le champ de notre recherche, limitée aux seules exceptions d'illégalité d'actes administratifs⁹³.

L'exception d'illégalité ne soulève, au sein de l'ordre administratif, que des problèmes de répartition des compétences internes à cet ordre de juridiction. L'étude du problème permettra de démontrer que la prohibition des questions préjudicielles y est juridiquement fondée. Elle ne saurait faire ensuite l'économie d'une concrétisation de cette solution.

§ 1 - LE FONDEMENT DU PRINCIPE.

Comme l'affirmait en 1957, le commissaire du gouvernement Mosset, "les questions préjudicielles constituent une exception au principe général de plénitude de juridiction, exception faite pour assurer le respect de la répartition des compétences entre des ordres juridictionnels distincts. Mais la répartition des compétences à l'intérieur d'un ordre juridictionnel a toujours paru beaucoup moins essentielle. Elle peut céder devant la règle de plénitude de juridiction"⁹⁴.

Cette solution, "certainement la plus simple et la plus rapide"⁹⁵, ne heurte aucun principe juridique. Cela justifie qu'elle ait été consacrée.

A - Le fondement théorique.

Si la prohibition des questions préjudicielles au sein de l'ordre administratif a été d'abord posée par la jurisprudence, c'est qu'elle n'ébranle pas le principe de la

⁹³ Sur cette exclusion, v. supra, Introduction, p. 25.

⁹⁴ Mosset, concl. sur CE 2 novembre 1957, *Ministre des anciens combattants c/ Forest*, RDP 1958, p. 523.

⁹⁵ Ibid.

séparation des autorités administrative et judiciaire. Elle est, par ailleurs, rendue possible par l'aménagement interne des ordres juridictionnels français.

1 - Un principe hors du champ de la séparation des autorités.

Il peut sembler étrange d'étudier la conformité de la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception" au sein d'un ordre juridictionnel avec le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, dès lors que la première est hors du champ d'application du second. Mais cette confrontation est utile dans la mesure où elle rend possible des raisonnements *a contrario*.

- Il a été antérieurement démontré que, ne mettant nullement en cause le principe de séparation, la possibilité pour les juges administratifs de statuer sur les exceptions relevant de la compétence d'une autre juridiction du même ordre ne menace pas les compétences constitutionnellement garanties de chacun des deux ordres.

En effet, si le juge administratif est constitutionnellement seul compétent, sous réserve des dérogations éventuelles autorisées par le Conseil constitutionnel en 1987, pour annuler ou réformer les décisions administratives prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique par les personnes publiques, la juridiction administrative compétente pour ce faire n'a pas été désignée. Dès lors, chaque juge administratif bénéficie de la même manière de cette compétence constitutionnellement garantie.

En outre, le législateur, compétent pour aménager la répartition, constitutionnelle⁹⁶ ou non⁹⁷, des compétences entre les deux ordres, n'a aucun pouvoir pour leur aménagement interne.

⁹⁶ En vertu de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, préc.

⁹⁷ En vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, préc.

Ainsi, comme cela a déjà été noté, le caractère réglementaire de cette matière permet au juge administratif de faire prévaloir, en matière d'exception d'illégalité des actes administratifs, la compétence exclusive du juge de l'action, sous réserve de considérer la plénitude de juridiction de ce dernier comme un principe général du droit⁹⁸, auquel le pouvoir réglementaire ne saurait en aucun cas déroger, ou comme une règle générale de procédure⁹⁹ à valeur réglementaire, à laquelle il ne pourrait déroger qu'expressément.

Les juges administratifs ont-ils donc consacré un tel principe général du droit ou, du moins, une telle règle générale de procédure ?

Le problème n'est pas purement théorique. Si, comme cela a été annoncé, la prohibition des questions préjudicielles au sein de l'ordre administratif a été consacrée textuellement¹⁰⁰, cette consécration, d'une part, est récente alors que l'application jurisprudentielle du principe est ancienne et, d'autre part, n'est pas générale et ne vaut que pour certaines juridictions, laissant à "l'appréciation" des juges le cas des autres.

Force est de reconnaître que le juge administratif, tout en appliquant le principe, n'a guère fait d'efforts pour en préciser la valeur. Tout juste peut on citer un jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 12 avril 1957¹⁰¹ énonçant que "c'est un principe constant de procédure juridictionnelle que le juge compétent pour statuer sur un litige déterminé se trouve, par là même, investi du pouvoir de statuer sur l'ensemble des questions soulevées au cours de l'instance et même sur celles qui, si elles avaient été invoquées à titre principal n'eussent pas été de sa compétence". La formule semble faire référence à la catégorie des règles

⁹⁸ Dont on connaît la valeur "infra-législative" mais "supra-décrétale" depuis les études du professeur Chapus : *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D 1960, chr., p. 119 ; *De la valeur juridique des principes généraux du droit...*, D 1966, chr., p. 99.

⁹⁹ Sur la valeur de telles normes jurisprudentielles, v. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 130 ; G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. I, 12ème éd., PUF, 1992, p. 481.

¹⁰⁰ V. infra, p. 58 et s.

¹⁰¹ TA Clermont-Ferrand 12 avril 1957, Amy, p. 747.

générales de procédure dont la valeur est, le plus souvent, simplement réglementaire.

Si tel est le cas, seul un texte exprès peut retirer au juge de l'action sa compétence pour statuer sur l'exception. Ne saurait être considéré comme exprès, un texte déterminant les compétences au principal d'un juge mais restant silencieux sur le problème de l'exception, car toute la difficulté réside précisément dans le fait de savoir si ce qui vaut pour le principal vaut aussi pour l'exception.

En l'absence de texte réglementaire écartant explicitement l'application de la maxime "le juge de l'action est le juge de l'exception" celle-ci devrait donc être respectée du fait de son caractère de règle générale de procédure. Il convient cependant de reconnaître que cette construction ne jouit pas d'une assise jurisprudentielle très solide.

Règle générale de procédure devant les juridictions administratives, la compétence du juge administratif de l'action pour statuer sur l'exception d'illégalité d'un acte administratif est donc reconnue jurisprudentiellement puisqu'elle ne met pas en jeu le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

- L'exclusion de l'application du principe de la séparation des pouvoirs lorsque le contentieux de l'acte excipé d'illégalité ressortirait d'une juridiction de l'ordre auquel appartient le juge du principal a une seconde conséquence.

Rien ne s'oppose, en effet, à ce que le juge administratif, saisi d'une question préjudicielle de droit administratif, apprécie si c'est à bon droit que le juge de l'action a décliné sa compétence à son sujet. Il est alors possible de faire respecter par ce dernier sa plénitude de juridiction¹⁰². Or, semblable faculté est déniée au juge de la question préjudicielle lorsqu'elle est renvoyée par un tribunal de l'ordre concurrent, car cela constituerait un empiétement sur la compétence¹⁰³ de celui-ci. Ce reproche

¹⁴ V. par exemple, CE Sect. 16 juin 1950, Établissements Batle, p. 370 concl. Gazier.

¹⁰³ V. infra Chapitre II, p. 199 et s.

n'est pas encouru en cas de question préjudicielle renvoyée à tort par un juge administratif : au sein de l'ordre administratif existent des moyens pour contraindre le juge du principal à exercer pleinement sa compétence sur l'exception d'illégalité.

Il peut, cependant, paraître paradoxal que ce soit le juge qui aurait compétence au principal sur le moyen constituant l'exception, qui invite le juge de l'action à exercer lui-même le contrôle de légalité. Cette abnégation ne peut être exigée du juge de l'exception qu'en raison de l'aménagement interne des ordres juridictionnels français.

2 - Un principe justifié par l'unité de l'ordre juridictionnel administratif .

La subtilité de la détermination des compétences au sein de chaque ordre juridictionnel répond à une exigence simple : assurer aux justiciables le jugement de leurs affaires par le tribunal le plus compétent.

Or, la consécration de la plénitude de juridiction du juge du principal, en lui permettant de trancher seul l'ensemble d'un litige, même en ses moyens qui auraient relevé autrement d'un juge spécialisé¹⁰⁴, contrevient directement à cette exigence. "Que la compétence propre des juges spécialisés s'efface devant la plénitude de juridiction du juge du fond (...), cela peut avoir des inconvénients sérieux lorsque le juge spécialisé a été institué pour donner des garanties de meilleure appréciation, de plus grande technicité dans des matières délicates ou ésotériques"¹⁰⁵.

Inversement, lorsque c'est un juge spécialisé qui bénéficie de la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception", le risque est grand qu'il ne soit pas formé pour trancher des points de droit relevant habituellement du juge de droit commun de son ordre. Ainsi, dans le cas d'une affaire relevant au principal d'une juridiction professionnelle, "la formation généralement extra-juridique de ses membres ne l'a

¹⁰⁴ Au sens de juge d'attribution.

¹⁰⁵ Mosset, concl. sur CE 2 novembre 1957, *Ministre des anciens combattants c/ Forest*, RDP 1958, p. 523.

peut-être [pas] bien préparée à exercer dans les meilleures conditions”¹⁰⁶ le contrôle de légalité de l'acte dont il est excipé.

Dans ces deux hypothèses, l'exception n'est pas tranchée par son juge naturel au sein de l'ordre de juridiction. En outre, légitimant des compétences concurrentes de plusieurs juges sur les mêmes points de droit, le principe de plénitude de juridiction peut conduire, le plus souvent en raison de la mauvaise connaissance par le juge de l'action de la matière visée par l'exception, à des contrariétés de jurisprudence préjudiciables à l'image de la justice.

Gage de rapidité, le principe de plénitude de juridiction serait-il malheureusement aussi facteur d'insécurité juridique ?

Il n'en est rien. Les juridictions françaises, en effet, qu'elles soient administratives ou judiciaires, sont toutes placées sous la tutelle vigilante d'un juge suprême, le Conseil d'État pour les premières, la Cour de Cassation pour les secondes. Toute juridiction relève soit en appel, soit en cassation, de l'une de ces deux cours.

L'intérêt majeur d'une telle organisation est de permettre l'unification des jurisprudences, non seulement entre les juridictions d'une même catégorie mais aussi entre les différentes catégories de juridictions composant leur ordre. Les craintes ci-dessus exposées se dissipent alors aussitôt.

Les éventuelles erreurs commises par le juge administratif de l'action dans le jugement de l'exception d'illégalité de l'acte administratif seront sanctionnées par le juge suprême de son ordre, le Conseil d'État, à charge pour les plaideurs de l'en saisir. Les éventuelles contrariétés de jurisprudence ne sont donc que temporaires : la solution dernière, imposée par le juge supérieur, sera nécessairement conforme à la jurisprudence des juridictions compétentes au principal sur le moyen constituant l'exception.

Il convient de remarquer, à titre comparatif, que lorsque l'exception d'illégalité relève d'un juge de l'autre ordre de juridiction, reconnaître au juge de l'action

¹⁸ Gazier, concl. sur CE Sect. 14 novembre 1958, Bouchereau, p. 559.

compétence pour statuer sur le moyen, c'est d'autant plus risquer des contrariétés de jurisprudence qu'il sera évidemment moins à même de trancher ce point de droit.

On le voit, possible juridiquement, la plénitude de juridiction du juge de l'action pour statuer sur les exceptions ressortissant au principal de la compétence d'un juge de son ordre est aussi souhaitable. Elle assure aux plaideurs une justice plus rapide sans perdre en fiabilité.

Cela explique qu'après avoir été posée par la jurisprudence, elle ait fait l'objet d'une consécration en droit positif.

B - La consécration du principe.

La prohibition des questions préjudicielles est affirmée au sein de l'ordre administratif par un article du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Contrairement à ce qui est parfois prétendu, le principe ne souffre aucune dérogation.

1 - La consécration textuelle.

Consacré dans le cadre du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel¹⁰⁷, le principe en cause a une portée nécessairement réduite au champ d'application de ce code.

- L'article R 48 du code TA-CAA, issu de l'article 6 du décret du 28 novembre 1953, énonce que "le tribunal administratif territorialement compétent pour connaître d'une demande principale l'est également pour connaître de toute demande accessoire, incidente ou reconventionnelle, ressortissant à la compétence des tribunaux administratifs ; il est également compétent pour connaître des exceptions relevant de la compétence d'une juridiction administrative".

¹⁰⁷ Pour plus de commodité, il sera dorénavant appelé "code TA-CAA"

Ce texte confirme en deux temps la plénitude de compétence du juge administratif pour statuer sur les exceptions qui lui sont soumises.

Tout d'abord, il déclare le tribunal compétent pour statuer sur les exceptions qui auraient relevé, au principal, d'un autre tribunal administratif. En d'autres termes, il ne déroge qu'aux règles de répartition des compétences territoriale et personnelle entre des juridictions de même catégorie, ce qui est traditionnellement admis. "On a toujours reconnu jusqu'ici que la règle s'applique aux cas d'incompétence à raison de la personne ou du lieu seulement"¹⁰⁸. "C'est qu'il ne peut y avoir d'inconvénient sérieux à ce qu'un tribunal tranche une question qui, en d'autres circonstances, aurait dû, il est vrai, venir devant un autre tribunal, mais devant un tribunal de même ordre et de même composition"¹⁰⁹.

Aussi convaincante que soit l'argumentation quant à l'opportunité de l'application du principe de plénitude de compétence, elle ne tient pas compte du fait que les compétences personnelle et territoriale sont déterminées par les textes mêmes qui fixent, par ailleurs, la répartition des compétences matérielles entre les juridictions de l'ordre administratif. Or, il n'est pas plus aisé juridiquement de déroger aux premières qu'aux secondes.

Cela justifie peut-être que l'article R 48 du code TA-CAA ajoute aussitôt que le tribunal administratif est compétent pour statuer sur toutes "les exceptions relevant d'une juridiction administrative". Visant alors la répartition des compétences matérielles entre les diverses catégories de juridictions administratives, il lui étend logiquement l'application du principe.

La place de l'article dans la partie réglementaire du code se justifie par la nature réglementaire des règles de répartition des compétences au sein de l'ordre administratif.

¹⁰⁸ Bertauld, *RCLJ* 1856, p. 554.

¹⁰⁹ Dehesdin, *De la règle le juge de l'action est juge de l'exception*, thèse Paris, 1911, p. 13.

Elle confirme, par ailleurs, la valeur de règle générale de procédure donnée au principe en cause par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand¹¹⁰. Il s'agit bien d'une règle générale de procédure car si un règlement l'affirme solennellement, un autre pourrait y apporter des dérogations.

Il pourrait, certes, s'agir d'un principe général du droit, reproduit formellement dans un texte réglementaire, auquel seul le législateur pourrait déroger. Mais le Conseil d'État, appliquant la règle, s'appuie sur cet article et non sur l'éventuel principe général du droit qui y est consacré¹¹¹. Or, la haute juridiction n'hésite pas à vider de leur portée des textes réglementaires en considérant qu'ils ne font que s'inspirer d'un principe général du droit préexistant¹¹².

- Cependant, le principe n'est consacré que de manière restrictive. Il ne vise, en effet, que les tribunaux administratifs, juges de droit commun en premier ressort du contentieux administratif et ne saurait être étendu aux autres juridictions administratives, qu'elles soient de droit commun (Conseil d'État, Cours administratives d'appel), ou spéciales (juridictions universitaires, juridictions ordinaires, commission de recours des réfugiés, etc...).

L'absence d'un code de procédure englobant toutes les juridictions administratives justifie en grande partie semblable situation. En outre, il convient de remarquer que, même dans le cadre du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, le principe de plénitude de juridiction n'est pas consacré généralement : les cours administratives d'appel, de création très récente, n'en bénéficient pas¹¹³ : l'article R 48 figure parmi les règles de détermination de la

¹¹⁰ TA Clermont-Ferrand, 12 avril 1957, Amy, p. 747.

¹¹¹ V. par exemple, CE 14 juin 1968, Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille-et-Vilaine, *AJDA* 1969, p. 56.

¹¹² V. pour des exemples récents, CE Ass. 1er juillet 1988, Billard et Volle, p. 268 ; *D Soc.* 1988, p. 775, concl. Van Ruymbeke ; CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, p. 44 ; *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis.

¹¹³ Or, la question se pose aussi pour elle puisque, outre l'hypothèse où elles sont saisies en appel de l'exception d'illégalité soulevée devant le juge de première instance, elles peuvent voir soulever devant elles, et pour la première fois, une exception d'illégalité, dès lors que celle-ci ne constitue pas un moyen nouveau irrecevable.

compétence territoriale des tribunaux administratifs. Or, les dispositions similaires relatives aux cours, situées aux articles R 62 et suivants du code, sont muettes sur le sujet.

Il y a là un oubli du codificateur qui n'est pourtant pas plus préjudiciable aux cours administratives d'appel qu'aux autres juridictions administratives. Les unes comme les autres bénéficient, en effet, du principe en raison de sa valeur de règle générale de procédure.

Il reste à montrer que, précisément, il connaît également une consécration jurisprudentielle au sein de l'ordre administratif.

2 - La consécration jurisprudentielle.

Il est classiquement affirmé qu'au sein de l'ordre administratif, la plénitude de juridiction du juge du principal, pour être d'application générale, n'en souffre pas moins quelques dérogations. Les jurisprudences citées ne concernent pas, cependant, la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception".

- La première décision visée est l'arrêt Bouchereau¹¹⁴ dans lequel le Conseil d'État a refusé à un pharmacien, poursuivi pour avoir commercialisé une spécialité pharmaceutique dépourvue de visa, le droit d'invoquer, devant le juge disciplinaire, l'illégalité du refus de visa. Si le commissaire du gouvernement plaçait, dans ses conclusions, le débat au regard de la compétence du juge administratif spécialisé pour statuer sur l'exception d'illégalité, il ressort de l'arrêt que le Conseil d'État a préféré, plus radicalement, déclarer le moyen inopérant.

Ce n'est donc pas la faculté pour le juge administratif spécialisé de connaître de l'exception qui est niée mais, plus simplement, la faculté pour le requérant de soulever cette exception d'illégalité. En d'autres termes, le Conseil a considéré que le fait reproché devait être apprécié objectivement : toute vente d'un produit

¹¹⁴ CE 14 novembre 1958, Bouchereau, p. 559, concl. Gazier.

pharmaceutique sans visa est interdite, et l'illégalité du refus de visa ne saurait influencer sur l'existence de l'infraction.

- La deuxième série d'arrêts, cités pour illustrer l'existence de dérogations au principe, est issue de la jurisprudence de la Commission spéciale de cassation des pensions. Celle-ci aurait, à deux reprises¹¹⁵, dénié aux juges des pensions le droit de connaître de la légalité d'actes concernant le titre de déporté-résistant.

Mais la lecture des arrêts n'est pas convaincante puisque, dans les deux affaires, aucune décision administrative n'existait, le juge des pensions ayant spontanément vérifié si l'intéressé remplissait les conditions légales pour bénéficier du titre. La formulation du second arrêt montre que c'est bien en raison de l'absence d'une décision administrative que le juge des pensions ne peut statuer sur la qualité du demandeur.

A contrario, si une décision d'octroi ou de refus avait existé, la Commission spéciale de cassation des pensions aurait, semble-t-il, admis la compétence du juge administratif spécial pour en apprécier, par exception, la légalité. Une telle interprétation est, par ailleurs confirmée par d'autres arrêts affirmant clairement la plénitude de compétence de ces juridictions spéciales. Le Conseil d'État s'était prononcé en ce sens à l'époque où il était juge de cassation de ce contentieux, avant que la Commission spéciale de cassation des pensions, qui lui a succédé en cette fonction, ne reconnaisse elle-même ultérieurement que "les juridictions de pensions, lesquelles ont la qualité de juridictions administratives, statuent sur l'exception tirée par les intéressés de l'illégalité des décisions administratives leur déniaient cette qualité"¹¹⁶.

Si dérogation il y avait, ce qui ne paraît pas certain, elle n'est plus aujourd'hui.

¹¹⁵ CSCP 29 janvier 1958, Jeully, p. 52 ; CSCP 12 février 1964, Ministre des anciens combattants c/ Nicolas, p. 103.

¹¹⁶ V., respectivement, CE 12 novembre 1930, Dame veuve Le Goff, p. 926 ; CE 7 mai 1931, Ministre des pensions c/ Lépinat, p. 498 ; et CSCP Plén. 1er juillet 1970, Ministre des anciens combattants c/ Antoine, p. 453.

- La dernière série de décisions présentées traditionnellement comme dérogeant à la compétence du juge administratif pour statuer sur l'exception d'illégalité de tout acte administratif, concerne le contentieux de la responsabilité pour illégalité en matière fiscale.

Selon cette jurisprudence, "l'action en responsabilité en raison du dommage causé par une imposition ou par des mesures de recouvrement est irrecevable tant que l'intéressé n'a pas obtenu du juge de l'impôt décharge de l'imposition contestée (24 juin 1953, Briançon, p. 317) (7 mai 1954, Billiard, T., p. 891). En matière de contributions sur les bénéfices de guerre, l'irrégularité d'une imposition ne peut être invoquée à l'occasion d'une action en responsabilité que si l'imposition a été annulée par la Commission supérieure compétente (14 décembre 1951, Renevier, T., p. 831)"¹¹⁷. L'auteur de ces lignes classait alors cette jurisprudence parmi les dérogations au principe considéré et s'interrogeait même sur son éventuelle extension.

Mais il reconnaissait lui-même que "la solution est plus rigoureuse encore que celle de la question préjudicielle puisque c'est une irrecevabilité qui est opposée à l'action en responsabilité, un peu analogue à celle tirée de l'existence d'un recours parallèle". Ce n'est donc pas la compétence du juge de la responsabilité pour apprécier l'exception d'illégalité d'une décision d'imposition qui est écartée mais, plus généralement, la recevabilité même de l'action en responsabilité tant qu'une décharge ou annulation n'est pas intervenue.

Il convient alors de distinguer cause et conséquence. La cause de cette jurisprudence n'est pas la volonté de nier la compétence par voie d'exception du juge de la responsabilité mais bien plutôt le désir, légitime ou non, de préserver les deniers publics en assurant que cette responsabilité ne sera encourue qu'en cas d'annulation ou de décharge dûment prononcée par le juge compétent.

La dérogation alléguée à la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception" n'est ainsi que la conséquence indirecte de la solution, puisque le Conseil d'État

²⁹ Mosset, concl. sur CE 2 novembre 1957, *Ministre des anciens combattants c/ Forest*, RDP 1958, p. 529.

déclare l'irrecevabilité de l'action en responsabilité et non celle de l'exception d'illégalité. En conclure que le juge de l'action n'est pas juge de l'exception est alors naturel, car si le juge ne peut statuer sur l'action, *a fortiori* ne peut-il statuer sur l'exception. Mais cette évidence n'est pas une dérogation à la prohibition des questions préjudicielles au sein de l'ordre administratif.

Ce principe, quoiqu'imposé très partiellement par les textes, est d'application exclusive puisqu'il ne connaît aucune dérogation.

Au terme de cette étude de la compétence du juge administratif de l'action pour statuer sur les exceptions d'illégalité d'actes administratifs, il apparaît que la plénitude de compétence est un principe avant tout jurisprudentiel qui n'a été que très partiellement confirmé par les textes. Cette situation s'explique par la faible codification de la procédure administrative.

Cependant, la jurisprudence n'a pu faire l'économie de la qualification de ce principe. En effet, avant sa consécration textuelle et même après, puisque celle-ci ne concerne que certaines juridictions administratives, le juge a dû s'interroger sur l'étendue de son champ d'application et résoudre pour cela des conflits de normes.

La jurisprudence est très pauvre sur la question et paraît n'avoir reconnu dans la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception" qu'une règle générale de procédure, susceptible de dérogation réglementaire. Mais, outre l'ancienneté de la jurisprudence en cause, émanant, de surcroît, d'un seul tribunal administratif, plusieurs arguments permettent de proposer une requalification de la règle en principe général du droit.

En premier lieu, cette qualité semble avoir été reconnue au principe par la Cour de cassation en procédure civile. Dès 1861, en effet, la Cour de cassation a affirmé que "les juges de paix sont compétents pour connaître de toutes exceptions ou moyens de défense, à moins que la connaissance de ces exceptions ne leur ait

été interdite par une disposition spéciale de la loi¹¹⁸. Par ailleurs, un arrêt du 25 juillet 1868¹¹⁹ énonçait qu' "en règle générale, le juge de l'action est juge de l'exception, et ce principe s'applique aux tribunaux de paix comme aux autres juridictions". Un siècle plus tard, la formule jurisprudentielle est qu' "en l'absence d'une disposition formelle de la loi, le juge de l'action est, en principe, juge de l'exception et se trouve ainsi investi du droit de statuer sur les questions soulevées au cours de l'instance qui, proposées au principal, eussent échappé à sa compétence"¹²⁰.

Ces arrêts sont révélateurs de la place qu'occupe, aux yeux du juge civil, le principe de la compétence du juge principal sur l'exception, dans la hiérarchie des normes. Puisque seule une disposition législative expresse peut y déroger, cela signifie que cette règle a la valeur d'un principe général du droit. En effet, s'imposant au pouvoir réglementaire mais restant susceptible d'assouplissements législatifs, elle a bien une portée supra-réglementaire et infra-législative. Certes l'usage par la Cour de cassation de la notion de principe général du droit n'est pas aussi fréquent ni, surtout, aussi conscient que celui du Conseil d'État, mais en l'espèce, l'affirmation d'un tel principe, bien qu'implicite, est claire.

En deuxième lieu, de ce que les articles 34 et 37 de la Constitution donnent compétence au pouvoir réglementaire pour édicter les règles de la procédure administrative, il ne faut pas inférer la valeur simplement réglementaire du principe.

En troisième lieu, si l'occasion d'une consécration ne s'est jusqu'ici pas présentée, c'est justement parce qu'aucune dérogation réglementaire n'existe en contentieux administratif. Tout porte donc à croire que l'enracinement de la prohibition des questions préjudicielles au sein de l'ordre administratif est aujourd'hui suffisant pour la considérer comme un principe général du droit.

¹¹⁸ Cass 22 juillet 1861, *D* 1861, I, p. 306 ; *S* 1861, p. 951.

¹¹⁹ Cass 25 juillet 1868, *S* 1869, I, p. 116.

¹²⁰ Soc 16 novembre 1961, *D* 1962, J, p. 161, note R. L.

Enfin, le Tribunal des conflits semble avoir confirmé cette qualification. Cela ressort des termes d'une décision "SARL Mayol, Arbonna et compagnie" du 23 novembre 1959 : "lorsqu'elle est saisie d'une action rentrant dans sa compétence, la juridiction administrative a qualité pour se prononcer sur les exceptions opposées à cette action ; il n'en est autrement que s'il s'agit d'exceptions relatives à des questions qui ressortissent à la compétence exclusive des tribunaux judiciaires ; seules les exceptions remplissant cette condition constituent des questions préjudicielles qui imposent à la juridiction administrative l'obligation de surseoir à statuer jusqu'à ce que lesdites questions aient été tranchées par le tribunal de l'ordre judiciaire compétent"¹²¹. Selon le Tribunal des conflits, au sein de l'ordre administratif, il n'existe donc de question préjudicielle qu'au profit des juridictions judiciaires.

Toutefois, cela ne suffit pas pour prétendre qu'il s'agisse d'un principe général du droit. Mais les considérants suivants contiennent implicitement cette affirmation : "aucune disposition législative n'attribue aux tribunaux judiciaires une compétence exclusive pour se prononcer, soit par voie d'action principale, soit par voie de question préjudicielle, sur la détermination de la nationalité des personnes morales ; (...) d'autre part, la nationalité des sociétés n'est définie par aucun texte général, dont l'application ressortirait à la compétence de l'autorité judiciaire ; (...) dans ces conditions, la question de la nationalité d'une société doit être tranchée par la juridiction qui a compétence pour connaître de l'action à l'occasion de laquelle elle est soulevée et ne saurait constituer une question préjudicielle imposant à ladite juridiction l'obligation de surseoir à statuer"¹²².

Le juge des conflits, en déduisant de l'absence de texte législatif contraire la compétence du juge administratif pour statuer sur l'exception, considère donc qu'au

¹²¹ TC 23 novembre 1953, SARL Mayol, Arbonna et compagnie, p. 872 ; D 1960, p. 223, note Savatier, *JCP* 1960, II, 11430, note Aymond.

³⁴ Ibid.

sein de l'ordre administratif la maxime "le juge de l'action est le juge de l'exception" est un principe général du droit.

Certes, l'espèce ne concernait pas une exception d'illégalité d'un acte administratif, mais le principe consacré doit logiquement s'entendre comme s'appliquant à toute exception.

Il faut alors affirmer que le juge administratif de l'action est, en principe et sauf dérogation législative expresse, juge des exceptions d'illégalité d'actes administratifs qui lui sont soumises.

Cette position de principe appelle quelques illustrations jurisprudentielles.

§ 2 - LA CONCRÉTISATION DU PRINCIPE.

_____ Le principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception ne souffre aucune dérogation au sein de l'ordre administratif¹²³. Il est alors intéressant de présenter la jurisprudence au regard de la qualité de la juridiction saisie au principal. Elle peut être une juridiction à compétence générale ou une juridiction spécialisée.

A - L'absence de questions préjudicielles de légalité devant les juridictions administratives de droit commun.

Nous le verrons à propos des tribunaux administratifs, la jurisprudence des juridictions inférieures est mal connue, en dépit de sa publication partielle au recueil Lebon. Il faut donc, le plus souvent, se référer aux arrêts du Conseil, qui, juge d'appel ou de cassation, peut avoir à consacrer l'absence de questions préjudicielles devant ces juridictions.

Les illustrations les plus significatives concernent les tribunaux administratifs et le Conseil d'État lui-même.

¹²³ V. supra, p. 61 et s.

1 - Devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

Les cours administratives d'appel sont de création trop récente pour offrir une jurisprudence exemplaire sur leur plénitude de compétence en temps que juge de l'action. Elle se manifeste cependant, bien qu'aucun arrêt du Conseil d'État ne semble être intervenu pour la consacrer officiellement¹²⁴. Il convient de rappeler, par ailleurs, que l'article 1er de la loi du 31 décembre 1987 soustrait à la compétence des cours l'appel des recours en appréciation de légalité.

C'est donc la jurisprudence des tribunaux administratifs qui retient l'attention. Leur plénitude de compétence à l'égard des exceptions d'illégalité est admise relativement aux principales branches du contentieux administratif. Le Conseil d'État veille, en outre, à ce que les juridictions de premier ressort usent de leur prérogative.

- L'absence de questions préjudicielles de légalité est, en premier lieu, consacrée lorsque le tribunal est saisi d'un recours pour excès de pouvoir. En une telle hypothèse, la plénitude de compétence l'autorise à statuer sur des questions de légalité d'actes dont l'annulation relèverait d'un autre juge de premier ressort. S'il existe beaucoup de juges administratifs de premier degré à compétence d'attribution, il est cependant pertinent de distinguer le Conseil d'État des juges administratifs spécialisés.

Vis-à-vis du Conseil d'État, la plénitude de compétence du tribunal administratif lui permet d'apprécier par voie d'exception la légalité de décrets¹²⁵,

¹²⁴ V. CAA Lyon 19 novembre 1991 Syndicat national de l'enseignement supérieur, *DA* 1992, n° 88 ; CAA Paris 23 février 1993, Compagnie nationale de navigation, *RFDA* 1994, p. 939 ; CAA Paris 13 décembre 1994, Antoine, *AJDA* 1995, p.63, concl. Mendras.

¹²⁵ V. CE Plén. 16 novembre 1956, Société BAB et BLB, p. 436 ; *RPDA* 1957, p. 19, concl. Laurent ; CE 8 janvier 1959, Préfet de police c/ syndicat chrétien de la police parisienne, p. 14 ; TA Dijon 3 mai 1967, Falzon, *AJDA* 1967, p. 410, obs. Vaucouloux ; CAA Paris 9 juillet 1991, Conseil supérieur de l'audiovisuel, p. 543.

d'arrêtés ministériels à caractère réglementaire¹²⁶, ou d'actes dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif¹²⁷.

De la même manière, elle autorise le tribunal administratif à apprécier la légalité d'actes dont le contentieux est réservé à certaines juridictions spécialisées, comme, par exemple, la Commission de recours de l'Office de protection des réfugiés et des apatrides¹²⁸ ou le Conseil supérieur de l'aide sociale¹²⁹.

La plénitude de compétence du tribunal administratif pour statuer sur l'exception d'illégalité est parfois reconnue par le Conseil d'État lorsqu'est soulevé le problème de la connexité entre un recours dont il est saisi et un autre soumis à un tribunal administratif. Si la solution du jugement du tribunal est conditionnée par l'exception d'illégalité de l'acte dont l'annulation est demandée au Conseil d'État, le lien entre les deux instances est évident. Mais, la jurisprudence n'admettant que très restrictivement l'existence d'une connexité en une telle hypothèse¹³⁰, elle reconnaît expressément la compétence du tribunal administratif pour exercer, parallèlement au recours pour excès de pouvoir dont est saisi le Conseil d'État, sa propre appréciation de la légalité de l'acte litigieux¹³¹.

Il reste à noter que les Conseils du contentieux administratif, qui sont eux aussi des juridictions à compétence générale puisque "juges ordinaires du contentieux local"¹³², se sont vus reconnaître la même plénitude de compétence que

¹²⁶ V. CE Sect. 14 juin 1968, Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille et Vilaine, p. 367 ; *AJDA* 1969, II, p. 56, note Savy.

¹²⁷ V. TA Clermont-Ferrand 12 avril 1957, Amy, p. 747.

¹²⁸ V. CE 9 novembre 1966, Tombouros, *D* 1967, p. 696, concl. Braibant.

¹²⁹ V. CE Ass. 14 mai 1965, Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, p. 279.

¹³⁰ "Pour que l'exception tirée de l'illégalité d'un acte attaqué devant une autre juridiction fasse naître un lien de connexité, il faut que l'acte argué d'illégalité soit un acte individuel et non un acte réglementaire" (M. Bernard, concl. sur CE 14 juin 1961, Ministre de l'Éducation nationale c/ demoiselle Clouet, p. 984; *AJDA* 1961, p. 713, concl.).

¹³¹ V., outre l'arrêt Ministre de l'Éducation nationale précité, CE 8 avril 1961, Aulagnier, p. 215 ; CE 28 mars 1962, Affaire époux Bardet, p. 229 ; CE 22 octobre 1969, Consorts Tencere, *AJDA* 1970, p. 49, note Homont ; CE 6 février 1974, Schwartz, p. 84.

¹³² V. CE 5 mars 1980, SCP avocats Chatenay ..., *RJF* 1980, n° 441.

leurs homologues, en tant que juges de premier ressort, les tribunaux administratifs¹³³.

- La prohibition des questions préjudicielles administratives devant le tribunal administratif joue, en second lieu, lorsque le recours dont il est saisi est un recours de plein contentieux. Il peut s'agir d'une action en responsabilité fondée sur l'illégalité d'un acte administratif dont le tribunal n'aurait pas connaissance au principal, soit qu'il relève du Conseil d'État¹³⁴, soit qu'il relève d'un juge administratif spécialisé¹³⁵. Il peut aussi s'agir d'un recours de plein contentieux de nature contractuelle¹³⁶, ou de nature électorale¹³⁷.

Le cas du plein contentieux soulève, cependant, une légère difficulté lorsqu'est recherchée la juridiction compétente pour statuer sur une action en responsabilité.

Si le juge du plein contentieux est celui qui aurait eu compétence pour connaître du recours pour excès de pouvoir exercé contre l'acte argué d'illégalité, le principe de plénitude de juridiction n'est pas en cause. En revanche, si le juge du plein contentieux est différent du juge de l'excès de pouvoir, alors apparaît le principe de la prohibition des questions préjudicielles au sein de l'ordre administratif.

La solution retenue par la jurisprudence est logique : fondée sur les textes déterminant la compétence d'attribution des juridictions, elle donne compétence au juge administratif de droit commun dès lors que le juge d'attribution n'est expressément compétent que pour le recours pour excès de pouvoir contre l'acte argué d'illégalité. Au contraire, lorsque la compétence du juge d'attribution est définie

¹³³ V., outre l'arrêt SCP. avocats Chatenay..., précité, CE 3 août 1927, Boulangé, p. 915 ; CE 18 mars 1931, Clairon, p. 298 ; CE 21 avril 1937, Barboud, p. 409.

¹³⁴ V. CE 8 octobre 1960, Laiterie Saint Cyprien, p. 10.

¹³⁵ V. CE Sect. 2 novembre 1957, Ministre des anciens combattants c/ Dupont, p. 576 ; RDP 1958, p. 523, concl. Mosset.

¹³⁶ V. CE 6 mai 1955, Société anonyme des grands travaux de Marseille, D 1955, J, p. 579, note J-M. Auby ; et, pour la période où le tribunal administratif n'était que juge d'attribution en premier ressort, CE 29 novembre 1929, Chatelot, p. 1049 ; CE Sect. 2 novembre 1938, Fleury, p. 805.

¹³⁷ V. TA Amiens, 25 avril 1975, Rouhette, AJDA 1975, p. 460, note J. Chevallier.

en fonction des litiges, et non du recours exercé, le recours en responsabilité fondé sur l'illégalité lui est attribué¹³⁸. Une action en responsabilité pour illégalité d'un acte ne relève donc pas nécessairement du juge compétent pour annuler cet acte. La solution est déterminée par la plus ou moins grande précision des textes déterminant la compétence du juge d'attribution.

- Consacrée pour le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux, la plénitude de compétence du juge de droit commun en premier ressort, pour apprécier l'illégalité des actes invoqués devant lui par exception, n'est pas seulement une faculté, mais une obligation¹³⁹. L'explication de cette compétence liée a été fournie par le commissaire du gouvernement Gazier dans l'affaire Établissements Batle : "non seulement les principes de séparation des juridictions ne s'opposent plus à ce que vous appréciez si c'est à bon droit que la question vous a été déférée, mais encore votre qualité de juridiction administrative suprême et les pouvoirs qu'elle vous confère en matière de règlement de juges vous invitent à rechercher le bien-fondé de l'invitation du Conseil de préfecture. Sinon ce serait admettre que vous êtes liés par la décision du juge de premier degré lorsque, comme en l'espèce, la fantaisie lui viendra de vous prier de résoudre à sa place un question difficile qui l'embarrasse"¹⁴⁰. Le Conseil d'État ne peut alors que rejeter la requête dont il est saisi et renvoyer les parties devant le tribunal administratif pour y être statué ce que de droit.

La prohibition des questions préjudicielles de nature administrative, imposée et sanctionnée pour les tribunaux administratifs, joue aussi pour le Conseil d'État.

¹³⁸ V., pour le cas d'un fonctionnaire nommé par décret, CE 5 janvier 1966, Delart, p. 1 ; et pour le cas d'un litige survenu hors du ressort des tribunaux administratifs et des conseils du contentieux administratif, CE 3 juillet 1968, Lavigne ; *AJDA* 1969, n° 67, p. 253, concl. Braibant.

¹³⁹ V. relativement à un tribunal administratif, CE Sect. 16 juin 1950, Établissements Batle, p. 370, concl. Gazier ; et relativement à un conseil du contentieux administratif, CE Sect. 12 mai 1933, Génin, p. 505.

¹⁴⁰ V. concl. Gazier, préc.

2 - Devant le Conseil d'État.

De même qu'un tribunal administratif peut apprécier la légalité d'un acte relevant, en cas d'exercice d'un recours direct contre lui, d'une juridiction spécialisée ou du Conseil d'État, de même ce dernier peut-il connaître par voie d'exception de la légalité d'actes dont la connaissance au principal est dévolue aux tribunaux administratifs ou à une juridiction administrative spécialisée.

Cependant, une telle situation n'est pas fréquente en raison de la répartition des compétences en premier ressort. En effet, les actes dont la connaissance en premier et dernier ressort est réservée au Conseil se caractérisent par leur importance et leur légalité ne sera qu'exceptionnellement subordonnée à celle d'actes, moins essentiels, relevant des juridictions inférieures.

Cela explique le nombre restreint d'arrêts venant illustrer l'absence de questions préjudicielles administratives devant le Conseil d'État.

- En matière de recours pour excès de pouvoir, il est possible de citer un arrêt Rosan Girard où l'illégalité d'un décret instituant dans une commune une délégation spéciale fut reconnue en raison du caractère inexistant d'un arrêté préfectoral, constatant lui-même l'inexistence de la proclamation de résultats électoraux¹⁴¹. Le Conseil d'État a considéré, dans une autre espèce, que la légalité d'une délibération d'un conseil général et celle d'un arrêté préfectoral d'application conditionnaient celle d'un arrêté interministériel incluant dans son champ d'application l'emploi créé par ces actes¹⁴².

Pareillement, le recours hiérarchique facultatif¹⁴³ exercé à l'encontre d'un acte soumis normalement aux tribunaux ordinaires et qui conduit à une décision qui, elle,

¹⁴¹ V. CE Plen. 31 mai 1957, Rosan Girard, p. 355, concl. Gazier ; *D* 1958, J, p. 152, note Weil; *AJDA* 1957, p. 275, chr. Fournier et Braibant.

¹⁴² V. CE 26 mai 1978, Syndicat national des personnels de l'action sanitaire et sociale CFDT, p. 216.

¹⁴³ En cas de recours administratif obligatoire la décision du supérieur se substitue à la première dont l'exception d'illégalité est dès lors inopérante : V. CE 27 février 1956, Association des propriétaires du Chesne, p. 92 ou CE Sect. 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, p. 623 ; *AJDA* 1966, p. 40, chr. Puissochet et Lecat ; *JCP* 1966, II, 14697, concl. Rigaud. V. infra, Deuxième Partie, Chapitre I, p. 267 et s.

ne peut être contestée que devant le Conseil d'État¹⁴⁴, peut permettre à ce dernier d'apprécier la légalité d'une décision qu'il ne connaîtrait pas en premier ressort.

En outre, le Conseil a reconnu, à plusieurs occasions, en examinant l'existence d'une connexité entre une demande dont il était saisi et une autre soumise à un tribunal administratif, que, compétent pour examiner par exception l'illégalité du second acte, il pouvait aussi s'adjuger compétence pour statuer sur le recours dont il faisait l'objet ¹⁴⁵.

- Dans le cadre du plein contentieux, le Conseil d'État pourrait être amené à apprécier la légalité d'une décision dont le contentieux direct appartient à un autre juge administratif.

Toutefois, cette hypothèse ne saurait être fréquente. En effet, d'une part, la compétence sur un tel recours suit celle sur le recours pour excès de pouvoir éventuel contre l'acte dommageable et, d'autre part, le Conseil d'État n'a qu'une compétence d'attribution en premier et dernier ressort. L'hypothèse ne peut se présenter qu'au cas où l'illégalité de la décision administrative à l'origine du préjudice indemnisable résulterait, elle-même, de l'illégalité d'une autre décision dont le contentieux direct appartient à un autre juge administratif. Les cas étant, nous venons de le constater, peu fréquents en matière d'excès de pouvoir, ils sont *a fortiori* rares en matière de plein contentieux.

En matière de plein contentieux objectif, le contentieux électoral, grâce à la théorie des actes détachables, permet au juge suprême de l'ordre administratif d'apprécier la légalité d'actes dont le contentieux relève normalement des tribunaux administratifs. Notamment, lors d'un recours contre des élections régionales, porté devant le Conseil d'État, il est possible d'exciper de l'illégalité d'un refus préfectoral d'enregistrer une liste de candidats alors qu'un recours direct est ouvert aux

¹⁴⁴ V. par exemple, CE 13 juillet 1962, Syndicat des taxis gapençais, p. 478.

¹⁴⁵ V. CE 22 mars 1961, Layer, p. 985 ; CE 13 mai 1964, Caron, p. 289; CE 18 décembre 1970, Affaire Beaune, p. 776.

intéressés contre ce refus, devant le tribunal administratif, en vertu des articles L 351 et R 128 du code électoral.

B - L'absence de questions préjudicielles de légalité devant les juridictions administratives spécialisées.

Malgré leur foisonnement, les juridictions administratives spéciales ne fournissent pas, aujourd'hui, une jurisprudence suffisante pour illustrer convenablement l'absence de questions préjudicielles administratives devant elles. Il semble alors opportun de présenter dans un premier temps, l'importante jurisprudence relative aux tribunaux de premier degré, à l'époque où ils étaient des juridictions d'attribution, les conseils de préfecture.

1 - Devant les anciens conseils de préfecture.

Devenus, en 1953, juges administratifs de droit commun en premier ressort sous la dénomination de tribunaux administratifs, les conseils de préfecture étaient jusqu'alors des juridictions administratives spécialisées qui connaissaient, notamment, du contentieux des impôts directs, des contraventions de voirie, du contentieux électoral et du plein contentieux local.

- Le contentieux des impôts directs a permis au Conseil d'État de reconnaître au profit des conseils de préfecture une plénitude de compétence à l'égard des exceptions d'illégalité.

Avant d'en présenter quelques illustrations jurisprudentielles, il convient de noter que si la théorie du recours parallèle a pendant longtemps justifié le rejet par le Conseil d'État des recours pour excès de pouvoir exercés contre les actes établissant des impôts directs, cela se justifiait par la compétence des conseils de

préfecture pour apprécier la légalité de ces actes à l'occasion des contestations individuelles dont ils étaient saisis¹⁴⁶. Cette affirmation est d'ailleurs confirmée par le maintien de la plénitude de compétence des conseils après l'abandon de la théorie du recours parallèle et le jugement par le Conseil d'État des recours pour excès de pouvoir exercés contre les actes d'établissement d'impôts¹⁴⁷.

Il est de ce fait pertinent de présenter les arrêts dans lesquels le Conseil d'État a reconnu aux conseils de préfecture compétence pour apprécier la légalité des actes instituant des impôts, sur le fondement de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII¹⁴⁸, qu'il s'agisse d'une taxe de balayage¹⁴⁹, d'une taxe de trottoir¹⁵⁰, d'une taxe de pâturage¹⁵¹, d'une taxe de construction d'un égout d'assainissement¹⁵², des impôts cédulaires¹⁵³ comme la patente¹⁵⁴, ou d'une taxe spéciale sur les bénéfices réalisés par les entreprises travaillant pour la défense nationale¹⁵⁵.

Des textes particuliers avaient attribué d'autres contentieux fiscaux aux conseils de préfecture, qui se virent, de la même façon, reconnaître compétence pour statuer sur toutes les exceptions d'illégalité susceptibles d'apparaître. Il en fut ainsi pour les taxes de curage en vertu de la loi du 14 floréal an XI¹⁵⁶ et, pour les taxes syndicales, en vertu des multiples textes autorisant la création d'associations syndicales de propriétaires¹⁵⁷.

¹⁴⁶ V. par exemple, CE 19 novembre 1886, Nau, p. 808 ; CE 14 janvier 1916, Torr , p. 22.

¹⁴⁷ V. par exemple, CE Sect. 20 juin 1930, Marrot, p. 644 ; CE Ass. 20 mars 1931, Trutié de Varreux, p. 330.

¹⁴⁸ V. CE 16 décembre 1868, Mourchou, p. 1043 ; CE 15 juin 1870, Garros, p. 764 ; CE 8 février 1884, Dommanget, p. 119.

¹⁴⁹ V. CE Ass. 20 mars 1931, Trutié de Varreux, préc.

¹⁵⁰ V. CE 8 février 1924, Raymondi, S 1926, 3, p. 32.

¹⁵¹ V. CE 22 décembre 1863, Piquesnal, p. 843.

¹⁵² V. CE 25 juin 1875, Bon, p. 607.

¹⁵³ V. CE 20 décembre 1948, Société X, p. 558.

¹⁵⁴ V. CE 14 janvier 1916, Torr , p. 27.

¹⁵⁵ V. CE Sect. 19 décembre 1941, Ministre des finances c/ Société anonyme X, p. 227.

¹⁵⁶ V. CE 12 juillet, 1864, Desgrottes, p. 622 ; CE 17 août 1866, Riverains du Petit Odon, p. 1022 ; CE 1er avril 1868, Parnet, p. 362 ; CE 19 novembre 1886, Nau, p. 808 ; CE 8 août 1888, p. 737 ; CE 15 février 1902, Saint-Paul, p. 127 ; CE 21 janvier 1910, Bruneau, p. 60 ; CE 28 avril 1911, Rigault, p. 494 ; CE Ass. 11 juillet 1913, Tournois, p. 839 ; CE Sect. 20 juin 1930, Marrot, p. 644.

¹⁵⁷ V. CE 7 août 1874, Société de dess chement de la vallée de la Haute Deule, p. 830 ; CE 21 mai 1892, Vrignonneau, p. 476 ; CE 31 mai 1895, Pinson-Mal , p. 479 ; CE 10 janvier 1949, Allieis, p. 11.

- La prohibition des questions préjudicielles devant les conseils de préfecture, juges d'attribution en premier ressort, fut aussi affirmée par le Conseil d'État en matière de plein contentieux local¹⁵⁸ en vertu du décret du 5 mai 1934, en matière de contentieux électoral¹⁵⁹ en vertu de la loi municipale du 5 avril 1884, ou en matière de contravention de voirie en vertu de la loi du 29 floréal an X¹⁶⁰.

Dans toutes ces hypothèses, la compétence du conseil de préfecture pour statuer sur les exceptions d'illégalité n'était pas seulement pour lui une faculté mais bien plutôt une obligation. Que ce soit pour des litiges fiscaux¹⁶¹ ou électoraux¹⁶², le Conseil d'État a ainsi sanctionné des conseils de préfecture pour avoir, soit rejeté des requêtes pour incompetence¹⁶³, soit rejeté des exceptions d'illégalité pour le même motif¹⁶⁴, soit sursis à statuer jusqu'à sa réponse sur la question préjudicielle¹⁶⁵.

Il n'est donc pas douteux qu'avant 1953, "les conseils de préfecture sont compétents pour apprécier la validité des actes administratifs se rattachant

¹⁵⁸ V. CE Sect. 5 février 1937, Labaeye, p. 154 ; CE 9 novembre 1937, Brunel, p. 917 ; CE 29 juin 1938, Salamand, p. 589 ; CE Sect. 9 novembre 1945, Gillot, p. 223 ; CE 30 mai 1947, Astié, p. 639 ; CE Sect. 4 juillet 1952, Commune de Rochereau, p. 358.

¹⁵⁹ V. dans un premier temps, CE 4 juillet 1837, Élections de Saint Symphorien, p. 364 : "le nombre des conseillers à élire par chacune des sections de l'assemblée électorale de la commune de Saint Symphorien (...) a été fixé par un arrêté en date du 25 avril 1837 ; les conseils de préfecture n'ont été investis par aucune disposition de loi du droit de statuer sur les actes relatifs aux questions de cette nature ; dès lors, c'est avec raison que le conseil de préfecture du département de la Loire a maintenu les élections par le motif qu'il y avait été procédé en exécution de l'arrêté précité" ; puis sur l'abandon de cette solution, CE 12 avril 1866, Élections de Versailles, p. 372 ; CE 2 juin 1866, Élections de Vatan, p. 586 ; CE 9 avril 1875, Testelin, p. 312 ; CE 7 août 1875, Élections de Saint Omer, p. 809 ; CE 8 janvier 1886, Élections de La Bâtie-Montgascon, p. 13 ; CE 4 février 1901, Élections de Bettoncourt, p. 146 ; CE 19 mars 1909, Élections de Marseille, p. 312.

¹⁶⁰ V. CE 15 mai 1848, Duval, p. 294 ; CE 7 août 1886, Ministre des travaux publics c/ Drouet, p. 751 ; CE 19 juin 1891, Consorts Tardieu, p. 457.

¹⁶¹ V. CE 22 décembre 1863, Piquesnal, p. 843 ; CE 17 août 1866, Riverains du Petit Odon, p. 1022 ; CE 1er avril 1868, Parnet, p. 362 ; CE 8 février 1868, Dommanget, p. 119 ; CE 8 août 1888, Leclercq, p. 737 ; CE Ass. 20 mars 1931, Trutié de Varreux, p. 330.

¹⁶² V. CE 26 juin 1869, Élections de Sétif, p. 595 ; CE 28 février 1885, Élections de Barbentane, p. 260 ; CE 19 mars 1909, Élections de Marseille, p. 312.

¹⁶³ L'incompétence alléguée sur l'exception d'illégalité entraînant l'incompétence pour connaître de la requête : v. CE 22 décembre 1863, Piquesnal, préc. ; CE 17 août 1866, Riverains du Petit Odon, préc. ; CE 1er avril 1868, Parnet, préc. ; CE 8 février 1884, Dommanget, préc.

¹⁶⁴ V. CE 26 juin 1869, Élections de Sétif, préc. ; CE 28 février 1885, Élections de Barbentane, préc.

¹⁶⁵ V. CE 19 mars 1909, Élections de Marseille, préc. ; v. aussi, CE 8 août 1888, Leclercq, préc. où le Conseil d'État saisi d'un recours contre le refus d'un conseil de préfecture de surseoir à statuer sur l'exception d'illégalité approuve le comportement de la juridiction.

directement aux contestations dont ils sont juges, par exemple, aux contestations en matière de contributions directes, de travaux publics, d'élections municipales"¹⁶⁶.

Cette solution s'applique aujourd'hui aux nombreuses juridictions spécialisées qui composent l'ordre juridictionnel administratif.

2 - Devant les juridictions administratives spécialisées contemporaines.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de consacrer l'absence de questions préjudicielles administratives au profit de plusieurs juridictions spéciales. Une fois encore, il a considéré que la plénitude de compétence constituait une compétence liée.

- La responsabilité des comptables publics dépendant le plus souvent de l'interprétation ou de l'appréciation de la légalité d'actes administratifs, la Cour des comptes s'est anciennement reconnue compétente pour statuer sur leur exception d'illégalité. "On applique donc ici le principe classique que le juge de l'action est juge de l'exception, c'est-à-dire que la Cour peut prononcer incidemment sur la légalité des actes administratifs dans toute la mesure, mais dans la mesure seulement, où cette appréciation est nécessaire à l'exercice de sa juridiction sur les comptables"¹⁶⁷.

Est ainsi censurée la création par le pouvoir réglementaire de nouveaux types d'établissements publics¹⁶⁸, la mauvaise qualification de revenus communaux¹⁶⁹ ou la décharge de la responsabilité d'un comptable¹⁷⁰. L'ouvrage de M. Magnet contient une présentation exhaustive de ce pouvoir du juge des comptes¹⁷¹.

¹⁶⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T II, 1888, p. 460.

¹⁶⁷ J. Magnet, *La Cour des comptes et les institutions spécialisées*, Berger Levrault, 1971, p. 86.

¹⁶⁸ V. CCptes 28 juin 1927, Régie syndicale d'électricité de la Garde-Freinet et du Plan de la Tour, p. 61. V. également, CCptes 6 décembre 1934, Régie départementale d'électricité du Loiret, p. 27 ; CCptes 7 mai et 2 octobre 1958, Régie départementale des passages d'eau de la Vendée, p. 7.

¹⁶⁹ V. CCptes 31 décembre 1907, Commune d'Euville, p. 62

¹⁷⁰ V. CCptes 11 janvier 1952, Commune du Pin, p. 26.

¹⁷¹ V. J. Magnet, op. cit., 3ème éd., Berger Levrault, 1986, p. 84.

Par ailleurs, dès 1930¹⁷², la cour suprême de l'ordre administratif a affirmé la compétence des juridictions des pensions pour se prononcer elles-mêmes sur les exceptions d'illégalité soulevées devant elles¹⁷³. Cette jurisprudence a été reprise par la Commission spéciale de cassation des pensions qui lui a succédé¹⁷⁴. Une solution identique a prévalu pour le Conseil supérieur de confiscation des profits illicites¹⁷⁵, pour la Commission nationale des dommages de guerre¹⁷⁶ et pour la Commission nationale d'appel des conflits d'affiliation aux caisses d'allocation vieillesse des non-salariés¹⁷⁷.

- C'est à propos de cette dernière juridiction spéciale que le Conseil d'État a, une nouvelle fois, manifesté sa volonté de faire respecter par tout juge administratif, même spécialisé, sa plénitude de compétence.

Il a ainsi rejeté la question préjudicielle qui lui était renvoyée en considérant que "la Commission nationale d'appel est une juridiction administrative ; par suite, ladite commission était compétente pour apprécier à l'occasion du litige qui était porté devant elle, la légalité du décret du 12 juin 1952 ; ainsi, l'exception soulevée par la Caisse de compensation n'avait pas le caractère d'une question préjudicielle (...) ; il n'appartient pas au Conseil d'État, en l'état de l'instance, de donner l'appréciation qui lui est demandée par ladite caisse"¹⁷⁸.

La prohibition des questions préjudicielles de droit administratif au sein de l'ordre administratif est donc bien un principe constant qui ne souffre aucune

¹⁷² V. supra, p. 63.

¹⁷³ V. CE 12 novembre 1930, Dame veuve Le Goff, p. 926 ; CE 7 mai 1931, Ministre des pensions c/ Lépinat, p. 498.

¹⁷⁴ V. CSCP Plen. 1er juillet 1970, Ministre des anciens combattants c/ Antoine, p. 453.

¹⁷⁵ V. CE 4 mai 1951, Grab Szmyd, p. 243.

¹⁷⁶ V. CE 26 novembre 1969, Société française d'aviation nouvelle, p. 541, qui porte, cependant, sur un problème d'interprétation.

¹⁷⁷ V. CE Sect. 1er juillet 1955, Caisse de compensation de l'organisation autonome nationale de l'Industrie et du Commerce, p. 381 ; CE 7 mars 1956, Caisse nationale de retraite des transports routiers, p. 735.

¹⁷⁸ V. CE Sect. 1er juillet 1955, Caisse de compensation de l'organisation autonome nationale de l'Industrie et du Commerce, préc.

exception. Ce principe peut s'analyser en un principe général du droit, mais son actuel statut de règle générale de procédure à valeur seulement réglementaire suffit à en assurer le respect dans la mesure où aucun texte réglementaire n'est venu, jusqu'à présent, lui apporter de dérogations.

Au sein de l'ordre administratif donc, le juge de l'action est juge de l'exception d'illégalité des actes administratifs. Les développements suivants vont établir que devant le juge judiciaire également, le juge de l'action dispose, dans certaines hypothèses, d'une telle compétence.

SECTION II - UN PRINCIPE PARTIELLEMENT CONSACRÉ AU SEIN DE L'ORDRE JUDICIAIRE.

Présentée devant un juge administratif, l'exception d'illégalité d'un acte administratif constitue une question préalable.

La même solution peut-elle prévaloir devant un juge judiciaire, qu'il soit répressif ou non répressif ? Le juge de l'action peut-il se reconnaître juge de l'acte administratif et empiéter sur la compétence dévolue à l'ordre concurrent ? Un principe souvent évoqué jusqu'ici semble s'y opposer fermement : le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

Il importe, pour mieux appréhender les difficultés juridiques liées à l'application de la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception", de rappeler brièvement les fondements et le contenu du principe de la séparation des autorités.

Cinq textes principaux sont traditionnellement cités comme fondements historiques du principe. Ces textes sont tous issus de la période révolutionnaire bien qu'il ait pu être démontré leur rattachement avec certains principes en vigueur sous l'Ancien Régime¹⁷⁹.

¹⁷⁹ V. J-L. Mestre, *Un droit administratif sous l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, 1976 ; *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985.

Il s'agit, en premier lieu, de l'article 7 du décret du 22 décembre 1789 affirmant que les administrations de département et de district "ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire".

Doit être cité, en second lieu, l'article 13 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 selon lequel "les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront sous peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions".

Cette formule a été reprise, avec des modifications mineures, par le quatrième texte, l'article 203 de la Constitution du 5 fructidor an III.

En dernier lieu, le décret du 16 fructidor an III a proclamé que "défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administrateur de quelque espèce qu'ils soient aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des Finances".

Sur le fondement de ces textes, particulièrement de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui font toujours partie de notre ordre juridique, s'est développée ce qu'il est convenu d'appeler "la conception française de la séparation des pouvoirs".

Fondé sur des textes dépourvus de valeur constitutionnelle, selon la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987¹⁸⁰, le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire a pour conséquence un cloisonnement strict des compétences respectives des deux ordres.

Par la décision précitée, en se référant à la conception française de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel a consacré comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, la compétence du juge administratif relative à l'annulation et à la réformation des actes de puissance

¹⁸⁰ CC 23 janvier 1987, p. 8 ; *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *D* 1988, p. 117, note Luchaire ; GP 18 mars 1987, note Lepage-Jessua ; *JCP* 1987, I, 3200, chr. R. Drago, et II, 20854, note Sestier ; *LPA* 13 février 1987, p. 21, note Sélinsky ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *RFDA* 1987, p. 287, note Genevois.

publique émanant des organes de l'exécutif ou des organes placés sous son autorité. Les juridictions judiciaires ont, quant à elles, compétence constitutionnelle sur certaines matières en raison de leur "nature"¹⁸¹.

Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire doit donc conduire le juge, saisi d'une contestation touchant à une compétence constitutionnelle ou législative de l'autre ordre de juridiction, à la rejeter s'il s'agit d'une action ou, s'il s'agit d'une exception, à surseoir à statuer et à renvoyer la question préjudicielle qu'elle constitue.

Il convient cependant d'écarter d'emblée l'hypothèse d'une compétence constitutionnelle en matière d'exception d'illégalité car, de la décision du 23 janvier 1987, il semble ressortir que seuls sont constitutionnellement garantis les recours directs contre les actes en cause.

Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire est, cependant, lui-même directement contraire à l'application, en matière d'exception d'illégalité, de la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception".

Comment alors résoudre ce conflit ?

Il suffit de rappeler que la répartition des compétences entre les deux ordres relève du pouvoir législatif, en vertu de l'article 34 de la Constitution. De ce fait, une loi expresse ou un principe à valeur constitutionnelle suffit pour déroger aux règles normales de répartition et étendre la compétence d'un juge à l'examen des exceptions d'illégalité d'actes relevant de l'autre ordre.

Si donc la plénitude de compétence du juge du principal à l'égard des exceptions d'illégalité concernant des actes relevant de l'autre ordre juridictionnel ne peut être présentée comme un principe, elle peut cependant exister à titre de dérogation au principe de la séparation des pouvoirs.

¹⁸¹ Cette formule évasive contenue dans la décision du 23 janvier 1987, est considérée comme visant, entre autres, la liberté individuelle et le droit de propriété.

Ce cadre théorique défini, il est désormais possible d'aborder les hypothèses où, précisément, la plénitude de juridiction a été affirmée contre le principe de la séparation des autorités¹⁸².

Nous allons constater que si le juge pénal de l'action est véritablement juge des exceptions d'illégalité portant sur des actes administratifs, la compétence de son homologue civil en ce domaine n'est que très résiduelle, le principe de la séparation des autorités ne souffrant que de faibles dérogations.

§ 1 - LE JUGE RÉPRESSIF, PAR PRINCIPE JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

_____ "Le jugement par les juridictions répressives des questions de droit administratif est dominé par le concours de deux principes contraires dont il est malaisé de définir le domaine respectif : celui de la séparation des pouvoirs d'une part, qui interdit aux tribunaux judiciaires de connaître de la légalité des actes administratifs ; celui, d'autre part, de la plénitude de compétence du juge pénal, principe en vertu duquel ce juge doit apprécier tous les éléments constitutifs de l'infraction et statuer sur toutes les exceptions opposées à l'action publique"¹⁸³.

Ces quelques lignes résument le problème de la compétence juridictionnelle pour apprécier, dans le cadre d'un litige pénal, la légalité des actes administratifs invoqués à titre d'exception.

Cette question est d'une grande complexité en raison d'une perpétuelle mouvance des solutions jusqu'à une réforme législative récente. Il convient donc de recourir au raisonnement inductif pour tenter de le présenter. C'est par l'examen de ce qu'a été l'état du droit qu'il convient d'aborder la matière. Une telle approche

¹⁸² Par commodité, les expressions juge répressif et juge pénal, juge non répressif et juge civil seront parfois utilisées indifféremment, dès lors qu'aucune confusion n'en résultera entre juges non répressifs.

¹⁸³ J. Donnedieu de Vabres, *Les éléments administratifs de l'infraction*, D 1952, I, p. 137 .

s'avère d'autant plus nécessaire qu'aucun fondement juridique entièrement satisfaisant ne peut être assigné aux solutions dégagées.

A - L'étendue de la compétence du juge répressif.

Il est nécessaire d'étudier séparément l'étendue de la compétence du juge pénal à l'égard des exceptions d'illégalité d'actes administratifs.

En effet, l'état du droit a si souvent changé, les juridictions se sont si longuement affrontées, qu'il fut parfois difficile de déterminer cette compétence. Et si la récente réforme du code pénal et du code de procédure pénale est venue mettre un terme à ces hésitations en consacrant une compétence pleine et entière, elle ne peut s'apprécier qu'au regard de la situation antérieure.

1 - La compétence du juge répressif dans le système antérieur à la réforme du code pénal.

L'application de la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception" a provoqué, devant le juge pénal confronté à des actes administratifs, l'émergence d'un débat au début du 19ème siècle dont la conclusion, très favorable au juge pénal, devait prévaloir jusqu'au milieu du XXème siècle. A cette époque, le Tribunal des conflits, désireux de protéger la compétence des juridictions administratives, a voulu imposer une solution nouvelle qui devait générer un véritable... conflit de juridictions.

a - La solution initiale : l'omni-compétence du juge répressif.

Après une courte période d'hésitation durant laquelle le juge pénal refusa d'abord de porter une quelconque appréciation sur les actes intervenant dans la cause, en arguant de leur force légale, puis admit que la difficulté ainsi rencontrée

constituait une question préjudicielle, la Cour de cassation affirma sa compétence au cours de l'année 1810.

Si seul l'arrêt rendu le 3 août 1810¹⁸⁴ a eu les honneurs de la postérité, il a cependant été précédé, dans l'affirmation de la plénitude de compétence du juge pénal, par un arrêt légèrement antérieur¹⁸⁵. En effet, le 4 mai 1810, la Chambre criminelle a censuré une Cour d'appel pour avoir pris un arrêté préfectoral "pour règle des condamnations prononcées" et avoir de la sorte "donné une base illégale à sa décision". L'essentiel était dit : le juge répressif est compétent pour apprécier la légalité, par voie d'exception, des actes administratifs sanctionnés pénalement.

Il restait à fournir un fondement juridique satisfaisant à cette dérogation manifeste au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. La tâche devait en revenir au procureur général Merlin dans ses conclusions sur l'affaire jugée le 3 août 1810.

Le contenu de l'arrêt ne diffère pas de celui du 4 mai : la Cour annule 14 jugements du Tribunal de simple police de La Rochelle qui avait condamné des prévenus en se fondant sur un arrêté municipal prescrivant le repos dominical.

Proposant une telle solution, Merlin, se référant aux termes des textes révolutionnaires, devait expliquer que "se refuser à poursuivre et à punir comme délit un fait que la loi ne répute pas tel, et qui n'en tient le caractère que d'un arrêté de maire ou de préfet, ce n'est pas entraver l'exécution de cet arrêté, c'est seulement ne pas l'aider. Ce n'est donc contrevenir ni à l'article 13 du titre 8 de la loi du 24 août 1790 ni à la loi du 16 fructidor an III"¹⁸⁶.

Le raisonnement n'est pas particulièrement convaincant et traduit bien la difficulté à justifier une solution plus volontariste que déductive. L'appel, trois ans plus tard, par la note secrète du Président Barris, à l'idée de plénitude de juridiction

¹⁸⁴ V. Crim 3 août 1810, *Bull Crim*, n° 98.

¹⁸⁵ V. Crim 4 mai 1810, *Bull Crim*, n° 62.

¹⁸⁶ Merlin, *Questions de droit*, 4ème éd., T XI, V° Préfet.

des tribunaux répressifs n'apporte rien. La question est précisément de savoir comment cette plénitude de juridiction, dépourvue de toute assise textuelle, peut primer un principe législatif.

Quoiqu'il en soit, ces deux arrêts ne constituent "pas seulement une innovation mais également un très net revirement jurisprudentiel"¹⁸⁷. La solution dégagée devait, à quelques espèces près¹⁸⁸, s'imposer durant un siècle et demi.

Elle connut, par ailleurs, rapidement l'honneur d'une consécration législative sous la forme de la loi du 28 avril 1832, complétant d'un paragraphe 15 l'article 471 du code pénal. Aux termes de cette disposition, étaient désormais "punis d'amende depuis 100 F jusqu'à 600 F inclusivement... 15°, ce ux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative et ceux qui ne seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale..."¹⁸⁹.

Il est révélateur de constater qu'à l'époque, la consécration législative de "la louable initiative du juge"¹⁹⁰, ne donna pas lieu à une interrogation sur les fondements de la solution entérinée. La loi fut considérée comme le simple aboutissement textuel d'une jurisprudence qui lui servait de fondement, jurisprudence à laquelle, réciproquement, elle apportait sa caution... Ainsi abordé, le débat ne pouvait qu'être escamoté.

Ce point mérite d'autant plus l'attention que l'article 471 §15 fut lui-même à l'origine, par une lecture très constructive, d'une étonnante extension de la compétence des juridictions répressives.

¹⁸⁷ D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Économica, 1987, p. 116.

¹⁸⁸ P. Lureau, dans sa thèse "*de l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires*" (1930) a pu répertorier, au cours de la période 1810 - 1832, 3 affaires où la Cour de cassation a censuré des tribunaux de police ayant apprécié eux-mêmes la légalité d'un règlement : v. Crim 24 août 1815, *Jur. Gén. Dz*, V° Commune, n°1286 ; Crim 26 mars 1831, *Jur. Gén. Dz*, V° Boucher, n° 14 ; Crim 29 avril 1831, *Jur. Gén. Dz*, V° Commune, n° 1192.

¹⁸⁹ Cet article devint au 20ème siècle l'article R 26-15 du code pénal punissant d'amende "ceux qui auront contrevenu aux décrets et règlements légalement faits par l'autorité administrative, ou aux arrêtés publiés par l'autorité municipale".

¹⁹⁰ D. Cohen, op. cit., p. 121.

Si certaines décisions écartèrent son application dans le cas de contraventions aux lois ou à des décrets réglementaires non rendus en vertu d'une délégation spéciale de la loi¹⁹¹, cette relative timidité ne fut que rarement de mise. En effet, visant normalement les seuls tribunaux de simple police, la disposition fut étendue par analogie aux tribunaux correctionnels¹⁹². De la même manière, limité aux règlements émanant de "l'autorité administrative" et "aux règlements et arrêtés publiés par l'autorité municipale", le paragraphe 15 de l'article 471 fut rapidement compris comme permettant le contrôle par voie d'exception de tous les règlements¹⁹³ mais aussi des actes individuels¹⁹⁴, qu'ils émanent des autorités centrales ou des autorités locales.

L'exemple des actes individuels est, à cet égard, typique. La jurisprudence, et la doctrine à sa suite, ont procédé à une interprétation extensive des termes de l'article 471 § 15. Ainsi, ce dernier visant les règlements et les arrêtés émanant des autorités municipales, il en fut conclu qu'il visait aussi bien les règlements que les actes individuels, qualifiés maladroitement en 1832, d'arrêtés. Cette solution fut ensuite élargie au cas des actes individuels émanant de toute autorité administrative bien que le législateur n'ait initialement visé que les règlements des autorités communales...

¹⁹¹ V. par exemple, Crim 13 décembre 1851, S 1852, I, 371 ; Crim 23 octobre 1886, S 1886, I, 493 ; Crim 26 janvier 1907, S 1908, I, 61.

¹⁹² V. Crim 24 avril 1847, S 1847, I, 689 ; Crim 2 mai 1873, S 1873, I, 342 ; Crim 10 novembre 1937, DH 1938, 118 ; Crim 11 décembre 1940, DH 1941, 20 ; Crim 7 janvier 1944, S 1944, I, 112. Il est à noter que les juges correctionnels s'arrogèrent d'autant plus volontiers ce pouvoir qu'ils savaient n'encourir aucune sanction, l'ordonnance du 1er juin 1828 interdisant en principe l'élévation du conflit en matière correctionnelle. La position jurisprudentielle fut critiquée par Marcel Waline qui, s'en tenant à une interprétation stricte des textes, limitait la compétence des tribunaux correctionnels aux cas où un texte législatif (tel que l'article 31 de la loi du 11 juillet 1938 sur les réquisitions) leur attribue semblable pouvoir (v. M. Waline, *les rapports du droit administratif et du droit pénal*, Cours de doctorat 1947-1948, p. 136).

¹⁹³ V. pour le cas des décrets Crim 22 février 1939, S 1940, I, 1, note Mestre ; Crim 26 avril 1951, Reibel, S 1952, I, 29, note Vidal ; D 1951, 601, rapp. Pépy.

¹⁹⁴ V. Crim 7 décembre 1883, S 1885, I, 89 ; Crim 29 novembre 1900, D 1901, I, 255 ; Crim 26 décembre 1902, S 1904, I, 57 ; Crim 28 mai 1903, *Bull Crim*, n° 23 ; Crim 3 décembre 1904, S 1905, I, 478 ; Crim 23 février 1906, *Bull Crim*, n° 92 ; Crim 26 avril 1912, DP 1914, 3, 71 ; l'arrêt Zwillinger du 22 février 1951 (*JCP* 1951, II, 6623, note Homont) ne consacre pas l'incompétence du juge répressif à l'égard de tous les actes individuels mais seulement à l'égard de certains (en l'espèce, des inscriptions au tableau) en raison de dispositions législatives expresses.

Par glissements successifs, par approximations successives, la juridiction pénale a ainsi considérablement élargi la compétence qu'elle s'était octroyée d'autorité en 1810 et que le législateur avait consacrée, en espérant peut-être l'encadrer, en 1832.

Jusqu'au milieu du 20ème siècle, en matière de police, les tribunaux répressifs ont donc eu compétence pleine et entière à l'égard des actes administratifs, réglementaires ou individuels, dont l'illégalité était invoquée aussi bien à l'appui de la poursuite que comme moyen de défense.

Cependant, l'article 471 § 15 du code pénal n'était pas la seule source de compétence des tribunaux pénaux en matière de légalité administrative. Un certain nombre de textes contribuaient encore à étendre cette compétence dans des hypothèses nouvelles.

Doivent principalement être cités, l'article 35 de la loi du 9 décembre 1905 punissant de peines correctionnelles les ministres du culte ayant appelé à la résistance contre les actes légaux de l'autorité publique, l'article 197 du code pénal réprimant pareillement le fonctionnaire "révoqué, destitué, suspendu ou interdit légalement" qui continue d'exercer ses fonctions, l'article 31 de la loi du 11 juillet 1938 sanctionnant les infractions commises aux mesures légalement ordonnées par l'autorité publique en vue de l'organisation de la Nation en temps de guerre et les articles 23 à 28 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en matière d'arrêté d'expulsion.

Force est de constater que, passées les hésitations des années révolutionnaires, la Cour de cassation, largement aidée en cela par le législateur, a solidement assis la plénitude de juridiction du juge pénal à l'égard des questions de légalité.

Deux dernières précisions permettront de mieux saisir encore la force de ce principe au moment où le Tribunal des conflits s'y est attaqué.

La Cour de cassation, non satisfaite de reconnaître dans l'absence de question préjudicielle administrative une faculté offerte au juge pénal, a très tôt affirmé qu'il s'agissait d'une compétence liée.

La formule "pour reconnaître si la sanction de la loi est encourue, le juge a, dès lors, le devoir et le pouvoir d'apprécier si les règlements ou arrêtés dont l'application lui est demandée par le ministère public ont été pris dans la limite des attributions de l'autorité administrative dont ils émanent"¹⁹⁵ se retrouve, dans son esprit sinon dans sa lettre, dans de multiples arrêts¹⁹⁶. La Cour de cassation, par des décisions récentes, a même affirmé que le juge pénal devait d'office s'assurer de la légalité des actes administratifs en cause¹⁹⁷.

Par ailleurs, principale victime de la politique jurisprudentielle expansionniste de la Chambre criminelle, le Conseil d'État s'est très vite soumis. Se réfugiant derrière l'exception de recours parallèle, il a entériné en 1828¹⁹⁸ l'évolution jurisprudentielle, avant même qu'elle ne soit législativement consacrée. La possibilité d'invoquer devant le juge répressif, par voie d'exception, l'illégalité des actes administratifs, fut ainsi à l'origine de très nombreux rejets de recours pour excès de pouvoir exercés directement contre eux. Une solution plus libérale prévalut lorsque le juge administratif reconnut que, faute d'effets identiques sur l'acte en cause, l'exception d'illégalité devant les tribunaux pénaux et le recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives, ne pouvaient être qualifiés de recours parallèles¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Crim 15 juillet 1909, *Bull Crim*, , n° 374.

¹⁹⁶ V. par exemple, Crim 29 novembre 1900, *D* 1901, I, 235 ; Crim 15 juillet 1909, *Bull Crim*, n° 374 ; Crim 6 juillet 1911, *S* 1914, I, 422 ; Crim 5 janvier 1924, *Bull Crim*, n° 14 ; Crim 16 mai 1934, *DH* 1934, 366 ; Crim 3 juin 1935, *GP* 1935, 2, 327 ; *S* 1937, I, 234 ; Crim 29 juin 1935, *DH* 1935, 448, *GP* 1935, 2, 483 ; Crim 18 décembre 1936, *DH* 1937, 137 ; Crim 30 janvier 1937, *Bull Crim*, n° 14 ; Crim 25 février 1937, *Bull Crim*, n° 38 ; *S* 1939, I, 33 ; Crim 10 novembre 1937, *DH* 1938, 118 ; Crim 11 décembre 1940, *DH* 1941, 10 ; Crim 7 mai 1951, *DH* 1951, 413 ; Crim 4 juillet 1951, *Bull Crim*, n° 193.

¹⁹⁷ Crim 28 février 1988, *Rev Sc Crim* 1989, p. 761, note J-H. Robert.

¹⁹⁸ V. CE 28 juillet 1828, Bureau, p. 456 ; et v. par la suite, et par exemple, CE 30 juillet 1863, Didier, p. 626, concl. Robert ; CE 4 février 1869, Boulangers de Montluçon, p. 94, concl. Belbeuf.

¹⁹⁹ V. CE 8 août 1882, Pergod, p. 113, concl. Gomet. V. également, supra, Introduction, p. 35.

Mais l'abandon en cette matière de l'exception de recours parallèle ne remit aucunement en cause l'application, devant le juge répressif saisi d'actes administratifs, de la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception".

Son assise était telle que Laferrière put écrire : "l'autorité judiciaire possède, pour le jugement des accusations criminelles, des pouvoirs de juridiction qui ne souffrent aucun partage : ses attributions, en cette matière, ont un caractère fondamental et d'ordre constitutionnel ; elles excluent toute intervention de l'autorité administrative, aussi bien dans le jugement des questions préjudicielles que dans le jugement du fond"²⁰⁰.

C'est ce bel édifice juridique, fait de solides blocs jurisprudentiels cimentés par l'unanimité doctrinale que le Tribunal des conflits attaqua de front en 1951.

b - L'éclatement.

Ayant fait prévaloir ses vues en matière d'exception d'illégalité devant les juridictions civiles²⁰¹, le Tribunal des conflits, désireux de mettre un frein aux ardeurs "administrativistes" des juges répressifs, rendit le 5 juillet 1951, une décision restreignant le pouvoir de ces juges. Mais, autant la position des juridictions civiles n'était pas assurée lorsqu'il était intervenu en 1923, autant celle des juridictions répressives apparaissait, en 1951, intangible. A peine fût-elle ébranlée comme le montra l'arrêt Dame Le Roux, réponse de la Chambre criminelle, le 21 décembre 1961²⁰².

²⁰⁰ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T. I, p. 625. A. Mestre affirma, quant à lui, " l'article 471 § 15 n'a donc aucun caractère exceptionnel : il constitue purement et simplement l'application de principes qui le dépassent singulièrement et qui autorisent tous les juges à refuser pour cause d'illégalité la sanction judiciaire, non seulement aux règlements de police, mais à tous les actes administratifs généraux quelque élevée que soit l'autorité dont ils émanent" (A. Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 592).

²⁰¹ V. TC 16 juin 1923, Septfonds, p. 498 ; S 1923, 3, 49, note Hauriou ; D 1924, 3, 41, concl. Matter ; et v. infra Chapitre II, p. 156 et s.

²⁰² V. Crim 21 décembre 1961, Dame Le Roux, D 1962, 102, rap. J-L Costa ; JCP 1962, II, 12680, note Lamarque.

□ - La position du Tribunal des conflits.

La crise ouverte en 1951 ne prendra fin qu'avec la réforme du code pénal de juillet 1992, non sans que le Tribunal des conflits n'ait démontré, entre temps, son impuissance.

A sa décharge, il convient de noter que son entreprise d'assainissement avait pour but de ramener la compétence du juge pénal dans les limites qui lui avaient été tracées à l'aube du 19^{ème} siècle. La démarche pouvait paraître utile et juste dans la mesure où, cela a été montré, l'expansionnisme pénal avait procédé, à l'abri de toute procédure de conflit²⁰³, par affirmation plus que par argumentation.

S'éloignant des maigres bases juridiques des arrêts de 1810 à mesure qu'elle repoussait plus loin les frontières de la compétence du juge pénal, la jurisprudence de la Cour de cassation n'échappait pas à toute critique²⁰⁴.

Il faut également reconnaître que le juge des conflits tout en heurtant de front la solution d'omni-compétence du juge pénal, a, par sa décision Avranches et Desmarets, entériné partiellement les avancées judiciaires. Cela ressort du considérant de principe.

"Il résulte de la nature de la mission assignée au juge pénal que celui-ci a, en principe, plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non-application des peines ; il lui appartient, à cet effet, non seulement d'interpréter, outre les lois, les règlements administratifs, mais encore d'apprécier la légalité de ceux-ci, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyen de défense ; (...) la compétence de la juridiction pénale ne connaît de limite, en ce domaine, que quant à l'appréciation de la légalité des actes administratifs non

²⁰³ L'ordonnance du 1^{er} juin 1828 est ainsi rédigée : article 1^{er} : "A l'avenir, le conflit d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle"; article second : "il ne pourra être élevé de conflit en matière de police correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1^o lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative, 2^o lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative en vertu d'une disposition législative".

²⁰⁴ V. pour leur exposé, M. Waline, *Les rapports du droit administratif et du droit pénal*, Cours de doctorat 1947-1948, p. 129.

réglementaires, cette appréciation étant, sauf dans le cas de prescription législative contraire, réservée à la juridiction administrative en vertu de la séparation des pouvoirs”.

Le juge des conflits accepte donc de considérer la plénitude de compétence du juge pénal comme un principe. Cette concession est de taille car, fondée sur aucun texte, elle avalise la prodigieuse expansion du domaine de l'article 471 § 15 qui, désormais, n'est plus que la manifestation d'un principe bien plus vaste. Laferrière l'avait déjà compris qui écrivait : “ce texte lui-même est plutôt déclaratif qu'attributif de compétence et (...) le droit qu'il proclame est inhérent à la mission de tout tribunal de répression lorsqu'on lui demande de procurer une sanction pénale à un acte administratif”²⁰⁵.

Mais le juge pénal de l'action n'est, aux yeux du Tribunal des conflits, juge des exceptions d'illégalité que lorsqu'elles visent des règlements administratifs. En effet, à l'égard des actes individuels, l'exception d'illégalité doit constituer une question préjudicielle. Le principe de séparation des autorités²⁰⁶ reprend ses droits.

Par le biais de cette distinction entre règlements et actes individuels, le juge des conflits, s'appuyant, nous l'avons dit, sur une vieille et constante doctrine, limite singulièrement les pouvoirs du juge répressif. Il ne saurait ni interpréter ni apprécier la légalité des actes non réglementaires qu'ils soient ou non invoqués à l'appui des poursuites.

La solution trouve son origine dans les conclusions du Procureur Général Merlin sur l'arrêt du 3 août 1810. C'est dire combien, selon le juge des compétences, la jurisprudence criminelle a procédé d'une mauvaise analyse.

Merlin, distinguant le cas des règlements de celui des actes individuels, affirmait que les tribunaux “ne doivent et ne peuvent appliquer les dispositions générales de l'arrêté qu'en vertu de la loi dans laquelle l'arrêté les a prises...Les

²⁰⁵ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., T. I, p. 581.

²⁰⁶ Des “pouvoirs” dans l'arrêt.

juges doivent se refuser à punir comme délit un fait que la loi ne répute point tel et qui n'en tient le caractère que d'un arrêté du maire ou du préfet. Ce n'est pas entraver l'exécution de cet arrêté, c'est seulement ne pas l'aider"²⁰⁷. A l'opposé, confrontés à un acte individuel, les juges répressifs "doivent s'abstenir de connaître de la question et attendre que l'autorité supérieure ait, en cassant cette décision illégale, fait rentrer la contestation dans la ligne judiciaire"²⁰⁸.

Reprise par le Président Henrion de Pansey²⁰⁹, cette distinction fut théorisée par Achille Mestre dans sa contribution aux *Mélanges Hauriou*²¹⁰. "C'est que, à y regarder de plus près, la portée de l'examen de validité, très différente dans l'un ou l'autre cas, est beaucoup plus grave pour l'acte individuel que pour le règlement"²¹¹. En effet, "l'acte étant par définition individuel, si l'application en est écartée par le tribunal précisément à l'égard du particulier qu'il vise, il est évident que le refus du juge de le sanctionner le prive de toute efficacité : par cette attitude, le juge non seulement "troublerait" l'opération, mais en neutraliserait l'effet. Au contraire, quand nous sommes en présence d'un règlement, cet acte étant par sa nature même destiné à régir un nombre de cas et de personnes indéfini, le refus de sanction pénale opposé par le juge, qui ne vaudra qu'à l'égard d'un contrevenant déterminé, ne compromet point l'acte lui-même qui subsiste et demeure susceptible d'effet"²¹².

Cette analyse est évidemment le fondement de l'arrêt *Avranches et Desmarets*. Pour le juge des conflits, si l'appréciation de la légalité des actes individuels reste soumise au principe de la séparation des pouvoirs, c'est parce que reconnaître en elle une question préalable conduirait le juge pénal à troubler les opérations administratives. A l'inverse, l'appréciation de la légalité des règlements administratifs constitue une question préalable, en raison de l'absence d'atteinte aux

²⁰⁷ V. Merlin, *Questions de droit*, 4ème éd., T. XI, V° Préfet.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ V. *Du pouvoir municipal*, 1822, Chapitre VI.

²¹⁰ V. A. Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, *Mélanges Hauriou*, p. 567.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

opérations administratives. Le principe de séparation, non menacé, pourrait alors s'effacer devant la plénitude de juridiction du juge répressif.

Malgré son apparence juridique irréprochable, la justification, avancée par Mestre à la distinction créée par Merlin et consacrée ultérieurement par le Tribunal des conflits, n'emporte pas aisément l'adhésion.

Outre ses conséquences pratiques étonnantes, qui ont pu être lapidairement exposées par M. Lamarque²¹³, elle est juridiquement critiquable.

En effet, en premier lieu, la portée attribuée aux déclarations d'illégalité prononcées par le juge répressif n'est pas convaincante.

D'une part, la déclaration d'illégalité d'un règlement sera systématiquement reprise dans les autres affaires car, la légalité étant une et objective, son appréciation ne saurait varier ni dans le temps ni d'un dossier à un autre. Il en résulte réellement un trouble aux opérations des corps administratifs.

D'autre part, et inversement, même déclaré illégal, l'acte individuel ne sera pas dépourvu de toute efficacité : "même dans l'hypothèse la plus caractéristique, celle où l'acte constitue le fondement des poursuites, il n'en sera pas moins susceptible d'exécution par le jeu de la procédure d'exécution d'office, de sanction par l'intervention de sanctions administratives"²¹⁴. En outre, soulevée comme moyen de défense, l'illégalité d'un acte individuel, qui par définition n'épuise pas tous ses effets dans la sanction pénale, ne privera pas cet acte de ses effets²¹⁵.

En second lieu, rien ne différencie le règlement de l'acte individuel au regard du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Puisque toute déclaration d'illégalité par un juge pénal est susceptible de troubler les opérations

²¹³ "Qu'un tribunal de police ne puisse déclarer illégal l'arrêté municipal refusant à une personne l'autorisation d'organiser un bal public, mais qu'il ait le pouvoir d'apprécier la légalité d'un décret, voilà qui dépasse l'entendement", J. Lamarque, obs. sous Crim 1er juin 1967, Canivet, *JCP* 1968, II, 15505.

²¹⁴ J-M. Auby, note sous TC 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, *S* 1952, III, p. 1.

²¹⁵ V. pour l'exemple d'une révocation d'une permission de voirie, G. Liet-Vaux, note sous TC 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, *RA* 1951, p. 498.

des corps administratifs, il est impossible d'admettre son existence sans contrarier ledit principe.

“Les textes révolutionnaires qui ont formulé ce principe n'ont jamais, en effet, distingué selon la nature des actes administratifs : si l'on voulait, au reste, déduire une conséquence rigoureuse de leurs dispositions, ce serait simplement l'interdiction absolue pour tous les tribunaux judiciaires de connaître de tous les actes d'administration”²¹⁶.

Enfin, certains auteurs ont établi une filiation entre la jurisprudence Septfonds et la jurisprudence Avranches et Desmarets. La situation privilégiée du juge pénal à l'égard des règlements serait justifiée par l'assimilation, explicite dans la première, entre ceux-ci et la loi. Matériellement, ces deux catégories d'actes seraient similaires par leur caractère de norme générale. Elles seraient, de ce fait, soumises au pouvoir d'interprétation du juge répressif, issu de l'article 4 du code civil prohibant le déni de justice.

Mais le glissement de l'interprétation à l'appréciation de légalité n'est pas possible. Matter, dans ses conclusions sur l'arrêt Septfonds, n'affirmait-il pas : “L'interprétation ne trouble pas, car elle suit, se conforme, applique. La déclaration d'illégalité refuse cette application, elle écarte le règlement, elle trouble l'opération du corps administratif”²¹⁷ ?

Au surplus, l'assimilation du règlement à la loi ne saurait justifier l'appréciation de la légalité du premier par le juge répressif puisque, par le principe de la séparation des pouvoirs, la loi est hors du contrôle du juge²¹⁸.

²¹⁶ J-M. Auby, art. préc. Un autre auteur a développé ainsi cet argument : “En réalité, établir dans le cadre de l'exception d'illégalité, une discrimination entre actes individuels et actes réglementaires, c'est remettre en cause les fondements du droit judiciaire de contrôle. Les juges sont, à cet égard, placés devant une alternative. Ou bien les tribunaux répressifs invoquent leur plénitude de juridiction (...) signifiant par là que l'unique, mais souveraine, justification de leur droit d'examen est bien la considération de l'acte administratif, condition de l'application de la loi pénale, et par là ils rejettent une distinction qui contredirait la raison d'être de leur compétence ; ou bien ces mêmes tribunaux doivent renoncer à se prévaloir de cette compétence en vertu d'un principe général...” Th. Cathala, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ 1966, p. 29.

²¹⁷ Concl. Matter, sur TC 16 juin 1923, Septfonds, *D* 1924, 3, p. 41.

²¹⁸ V. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., T. I, p. 435 : “ si ces actes (les règlements administratifs) étaient de nature législative, le Conseil d'État devrait déclarer de tels recours non recevables, puisque sa juridiction ne saurait s'exercer que sur des actes ayant un caractère administratif”.

La Chambre criminelle a-t-elle désiré sanctionner une jurisprudence infondée juridiquement ou a-t-elle voulu défendre sa sphère de compétence? Toujours est-il que la réponse à l'affront de 1951 fut brutale et négative.

□ - La position de la Chambre criminelle.

L'arrêt Dame Le Roux, rendu le 21 décembre 1961, énonce clairement la position de la Chambre criminelle.

“Si l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III interdisent aux tribunaux judiciaires de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions et de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, ils ne peuvent faire obstacle au devoir qu'ont les juges, lorsque ces actes, réglementaires ou individuels, sont assortis d'une sanction pénale qu'il est demandé aux tribunaux judiciaires de prononcer, non point d'en apprécier, sans doute, l'opportunité, mais de s'assurer de leur conformité à la loi, lorsque, du moins, ces actes sont clairs et qu'il n'est pas nécessaire de les interpréter”²¹⁹.

Le principe semble inverse à celui consacré par le Tribunal des conflits. La Cour de cassation, à qui le Tribunal avait reconnu, par souci diplomatique, une plénitude de compétence de principe pour mieux y déroger, préfère quant à elle, dans un même souci, affirmer devoir respecter, en principe, la séparation des autorités administrative et judiciaire. Mais le naturel pointe très rapidement dans la formule.

En effet, selon la Chambre criminelle, la séparation des autorités ne fait pas obstacle au devoir des juges répressifs d'apprécier la légalité de tous les actes pénalement sanctionnés.

²¹⁹ Crim 21 décembre 1961, Dame Le Roux, *D* 1962, 102, rapport J-L. Costa ; *JCP* 1962, II, 12680, note Lamarque.

L'arrêt Dame Le Roux consacre la compétence, refusée par le juge des conflits, des juridictions pénales à l'égard des actes individuels. Elle marque, cependant, un discret recul des pouvoirs de ces juridictions.

En effet, il ressort de la formule que seuls les règlements et actes individuels administratifs pénalement sanctionnés sont susceptibles d'être discutés par le juge répressif.

"La Chambre criminelle se montre ici plus royaliste que le roi"²²⁰. Si l'auteur de ce constat préférerait attendre confirmation de l'éventuel recul, force est de constater que la solution s'est maintenue : la jurisprudence criminelle, à la distinction des actes réglementaires et des actes individuels, préfère celle des actes sanctionnés ou non pénalement.

Il est possible de lui trouver des origines. Ainsi, Pierre Lureau écrivait en 1930, "qu'en l'état actuel de la jurisprudence, tout tribunal judiciaire répressif peut et doit examiner la légalité de tout acte émanant d'une autorité administrative et dont on lui demande de faire application, à la seule condition que cet acte soit assorti d'une sanction pénale"²²¹.

Mais cette opinion minoritaire fut contredite par la jurisprudence immédiatement antérieure à l'arrêt Dame Le Roux.

Ainsi le Tribunal des conflits, à l'égard des règlements, et la Cour de cassation elle-même, à l'égard de tous les actes administratifs, admettaient la compétence du juge pénal, même si ces actes étaient invoqués comme moyens de défense²²².

²²⁰ J. Lamarque, note préc. sous l'arrêt Dame Le Roux.

²²¹ P. Lureau, *De l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires*, thèse Paris, 1930, p. 31. Le doyen Vedel affirmait par ailleurs que "le juge pénal doit apprécier lui-même la légalité des actes administratifs dont la méconnaissance constituerait le délit faisant l'objet de la poursuite", note sous Trib. Corr. Toulon 18 mars 1948, *JCP* 1948, II, 4299.

²²² L'arrêt Crim 23 mars 1907, *S* 1911, I, 483, est à cet égard particulièrement explicite : "Il est de principe général, en matière criminelle, à moins de dispositions contraires formellement écrites dans la loi, qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier souverainement, en fait et en droit, tous les éléments caractéristiques des infractions pénales dont la connaissance est déferée par la loi, ainsi que les circonstances où la loi déclare le fait excusable et les faits justificatifs". A. Mestre cite ainsi : Crim 15 juillet 1854, *D* 1854, I, 291 ; Crim 26 juillet 1905, *S* 1906, I, 113 ; Crim 28 août 1902, *S* 1903, I, 489 ; Crim 24 octobre 1917, *S* 1919, I, 193, note Duguit ; Crim 14 février 1922, I, 241 ; il ne mentionne qu'un seul arrêt dissident émanant de la seule Chambre des requêtes, Req. 7 février 1910, *S* 1912, I, 505, note Appert (v. A. Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 592). V. également Crim 30 juin 1937, *Bull Crim*, n° 137.

Dans un arrêt du 6 octobre 1955, la Chambre criminelle avait proclamé que “les tribunaux de répression ont, en principe, plénitude de juridiction sur toutes les demandes ou exceptions tendant à l’application ou à la non-application des peines ; (...) il leur appartient, en particulier, d’apprécier souverainement la légalité des règlements administratifs qui servent de fondement à la poursuite ou qui sont invoqués comme moyens de défense”²²³.

Quant à l’appréciation de légalité des actes individuels, le rapporteur sur l’affaire Le Roux prétendait que, par une jurisprudence constante, la Cour de cassation refusait “d’apprécier la légalité d’un acte administratif individuel qui n’est pas pénalement sanctionné, même si de sa validité dépend la solution du procès pénal”²²⁴.

Cependant un observateur très averti de la matière avait alors pu rétorquer qu’à sa connaissance, “cette idée n’est cependant affirmée de manière explicite dans aucun des arrêts de la Chambre criminelle de ces dix dernières années”²²⁵.

La jurisprudence Le Roux marque donc un léger mais sensible infléchissement de la position judiciaire, justifié peut-être par la volonté de trouver un compromis juridiquement solide²²⁶. A l’abri de toute élévation de conflit intempestive, elle connut une application systématique et stricte.

Force est de constater que, le plus souvent implicite, la position de la Cour de cassation n’a pas changé²²⁷. Il semble qu’elle ait toujours qualifié, depuis 1961, de question préjudicielle l’exception d’illégalité d’un règlement non pénalement sanctionné.

²²³ Crim 6 octobre 1955, *Bull Crim*, p. 687.

²²⁴ J-L. Costa, rapp. préc. sur l’arrêt Dame Le Roux.

²²⁵ J. Lamarque, note préc.

²²⁶ Pour le fondement juridique que la condition de la sanction pénale attachée à l’acte pourrait apporter, v. infra, p. 103 et s.

²²⁷ V. par exemple, Crim 2 mars 1971, *Bull Crim*, n° 72; Crim 29 novembre 1977, *D* 1978, IR, 315 ; Crim 10 octobre 1978, *Bull Crim*, n° 266 ; *D* 1979, IR, 37 ; Crim 2 mai 1979, *Bull Crim*, n° 151 ; Crim 21 mars 1985, *AJDA* 1985, 292, obs Richer ; Crim 21 octobre 1985, *Bull Crim*, n° 321.

Le seul arrêt apparemment contraire est celui du 27 novembre 1975²²⁸ mais, outre qu'il qualifie de règlement un acte particulier²²⁹, cet acte touche indirectement au droit de propriété, placé, d'après la doctrine classique, sous la sauvegarde des juridictions judiciaires par l'article 66 de la Constitution. Dans son rapport, le conseiller Lecourtier affirmait ainsi : "si un tel acte a bien le caractère réglementaire, il ne paraît pas y avoir de difficulté à reconnaître à la juridiction judiciaire le pouvoir d'en apprécier la légalité. Bien qu'un tel acte n'ait pas d'effet direct dans le domaine de la répression, il commande d'autres actes administratifs qui auront des effets dans le domaine du droit civil en s'appliquant au droit de propriété"²³⁰.

L'exception d'illégalité des actes individuels a donné lieu à des solutions identiques devant la Chambre criminelle. Ont ainsi été tranchées par le juge de l'action les exceptions concernant les actes individuels pénalement sanctionnés²³¹ et renvoyées au juge administratif toutes les autres²³², à l'exception de celles pour lesquelles un texte législatif s'y oppose²³³ et de celles critiquant la légalité d'un décret individuel d'amnistie²³⁴.

Doivent cependant être mis à part, deux arrêts du 25 avril 1985²³⁵ dans lesquels la Cour de cassation, se fondant sur l'article 66 de la Constitution, a apprécié par voie d'exception la légalité d'actes individuels non pénalement sanctionnés. Il s'agissait de contrôles d'identité dont le Conseil constitutionnel a par

²²⁸ V. Crim 27 novembre 1975, *D* 1976, J, p. 245, rap. Lecourtier.

²²⁹ Il s'agit d'un arrêté ministériel faisant figurer un département parmi ceux où doivent être créées des associations communales de chasse agréées.

²³⁰ Lecourtier, rap. préc.

²³¹ V. par exemple, Crim 29 mars 1962, *JCP* 1962, II, 12728 bis, obs. Lamarque ; Crim 12 juin 1968, *Bull Crim*, n° 192 ; Crim 2 juillet 1971, *JCP* 1972, II, 17031, obs. Guérin ; Crim 12 octobre 1972, *Bull Crim*, n° 287 ; Crim 17 avril 1975, *Bull Crim*, n° 100 ; Crim 17 juin 1980, *Bull Crim*, n° 194 ; Crim 4 mars 1981, *JCP* 1981, IV, 177 ; Crim 21 octobre 1987, *RCDIP* 1988, 291, note P. Lagarde ; *D* 1988, J, 58, note Kehrig ; *AJDA* 1988, 405, obs. Prétot ; Crim 7 février 1989, *Bull Crim*, n° 59 ; Crim 30 octobre 1990, *Bull Crim*, n° 366.

²³² V. par exemple, Crim 27 octobre 1978, *Bull Crim*, n° 241 ; Crim 1er juin 1967, *Bull Crim*, n° 172, *JCP* 1968, II, 15505, obs. Lamarque ; Crim 30 juin 1981, *Bull Crim*, n° 226 ; Crim 15 juin 1982, *Bull Crim*, n° 161 ; *JCP* 1983, II, 20059, obs. Chambon ; Crim 8 mars 1983, *Bull Crim*, n° 43 ; Crim 5 décembre 1989, *DA* 1990, n° 335 ; Crim 12 mai 1992, *Bull Crim*, n° 186.

²³³ V. Crim 25 avril 1985, *JCP* 1985, II, 20465, concl. Dontenwille, obs. Jeandidier ; *RFDA* 1986, p. 444, note Morange ; *D* 1985, chr., p 169, chr. Favoreu.

²³⁴ V. Crim 14 novembre 1963, Pommery et Dalmas de Polignac, *D* 1964, J, 265, obs. Debbasch.

²³⁵ V. Crim 25 avril 1985, préc.

la suite²³⁶ reconnu qu'ils relèvent effectivement de la compétence du juge judiciaire, en vertu de sa qualité de gardien de la liberté individuelle.

La jurisprudence Le Roux a marqué le refus de la Chambre criminelle de faire respecter le nouveau critère de compétence posé par le Tribunal des conflits en 1951²³⁷. De cette crise, extrêmement préjudiciable à l'intelligibilité de l'état du droit, la Cour de cassation ne pouvait que sortir vainqueur. En effet, il est certain qu'en 1992, avant la réforme du code pénal, "c'est la jurisprudence de la chambre criminelle qui était la plus représentative de l'état du droit du fait qu'elle était généralement appliquée par les juridictions dont elle a le contrôle"²³⁸.

Cette dissidence, "évidemment anormale"²³⁹, ne devrait plus perdurer grâce à la réforme récente du code pénal.

2 - La compétence du juge répressif dans le système issu de la réforme du code pénal.

Né de la loi du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions générales du code pénal²⁴⁰, l'article 111-5 dudit code pose un principe à la fois novateur et pacificateur.

Il y est affirmé que "les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis".

Novatrice, la disposition l'est assurément. Elle conduit, en effet, à un nouveau bouleversement ramenant l'état du droit à ce qu'il était en fait avant 1951. Elle constitue, en outre, la base juridique la plus solide dont le juge pénal ait jamais bénéficié pour apprécier les exceptions d'illégalité administratives.

¹⁴⁸ V. CC 5 août 1993, JO 1993, p 11193.

²³⁷ Et réaffirmé en 1962, v. TC 2 juillet 1962, Préfet de la Loire-atlantique, p. 827, RA 1962, p. 389, note Liet-Vaux, et en 1967, v. TC 6 novembre 1967, Coutanceau, p. 658, JCP 1968, II, 15448, note Souty.

¹⁵⁰ R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, 8ème éd., Montchrestien, 1994, n° 977.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Dont l'entrée en vigueur a été reportée au 1er mars 1994 par la loi 93-913 du 19 juillet 1993.

Concernant tous les juges répressifs, visant tous les actes administratifs²⁴¹, dès lors que de leur légalité dépend l'issue du procès²⁴², elle crée un véritable bloc de compétence en matière d'exception d'illégalité administrative au profit de ces juges.

C'est bien en ce sens qu'elle a été présentée par la circulaire du 14 mai 1993 du Ministre de la Justice. "L'article 111-5 lève les incertitudes actuelles en donnant un fondement légal à l'exception d'illégalité. Ne retenant aucune des restrictions prévues par la jurisprudence, il confère aux juridictions pénales les pouvoirs les plus larges. Celles-ci pourront interpréter ou apprécier la légalité de tous actes administratifs à la seule condition que, de cet examen, dépende la solution du procès pénal. Il n'y a donc plus à distinguer entre les actes individuels et réglementaires ou entre les actes pénalement sanctionnés et les autres. Le Parlement a décidé en effet de faire prévaloir sur toute autre considération la protection de la liberté individuelle. Le juge pénal doit être le gardien"²⁴³.

Pacificateur, l'article 111-5 l'est en ce qu'il devrait mettre un terme à l'opposition entre juridictions née en 1951. La situation à la veille de l'adoption du texte était, à tout point de vue, néfaste.

Aux justiciables, tout d'abord, dont les litiges semblaient soumis au bon vouloir des juridictions. A l'image de la justice française, ensuite, qui paraissait plus occupée à attiser de vieilles querelles de clocher qu'à s'acquitter de sa mission. A la popularité du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire enfin, dont la conséquence première, l'existence de deux ordres juridictionnels distincts, était déjà suffisamment critiquée pour que leur concurrence ne vienne encore renforcer les contestations.

²⁴¹ A l'exception notable des actes particuliers ; mais une interprétation saine de l'article 111-5 doit conduire à leur réserver le même traitement.

²⁴² Ce qui recouvre nécessairement les exceptions d'illégalité invoquées à l'appui de la poursuite ou comme moyen de défense, mais qui pourrait laisser entier le problème des actes relatifs à l'organisation de la juridiction (v. sur ce point, R. Chapus, op. cit. n° 976).

²⁴³ Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal du 14 mai 1993, n° 93-9 F 1, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, n° spécial septembre 1993. V. p. 10.

Mais, précisément, l'article 111-5 porte à ce principe une atteinte parfaitement justifiée en droit car, la séparation des autorités n'ayant que partiellement valeur constitutionnelle, une simple loi peut venir en écarter les conséquences les plus gênantes. Ledit principe avait néanmoins justifié, en 1986, le rejet par le Conseil d'État en formation administrative de la disposition en cause contenue dans le projet de réforme du code pénal. La haute juridiction avait invoqué pour cela la valeur constitutionnelle du principe²⁴⁴.

La décision du 23 janvier 1987, en contredisant cette qualification, aurait pu conduire le gouvernement à réintroduire dans son projet la plénitude de juridiction des tribunaux pénaux. Il n'en fut rien, peut-être en raison du caractère trop audacieux d'une telle réforme, notamment par son caractère mutilant de la compétence administrative.

Ce fut donc lors des débats parlementaires et par le biais d'un amendement sénatorial²⁴⁵ que l'article 111-5 fit sa réapparition et fut voté²⁴⁶. Le peu de passion de ces débats semble s'expliquer par la croyance affichée dans le caractère purement confirmatif de cet article de la jurisprudence criminelle. Nous savons qu'il n'en est rien et que l'évènement aurait, au contraire, mérité l'exposé, tant de fois évité, des fondements théoriques de la plénitude de compétence du juge répressif à l'égard des exceptions d'illégalité administratives.

“Est-il donc encore de saison et de raison de s'interroger sur la valeur et les vertus d'un principe de plénitude de compétence du juge pénal aujourd'hui triomphant ?”²⁴⁷.

Il semble que oui. Ne serait-ce que pour mieux le comprendre, et donc mieux l'appliquer. Même si “c'est là probablement la punition à subir autant que le prix à

²⁴⁴ V. EDCE, n° 38, 1987, p. 137.

²⁴⁵ V. *JO Débats Sénat*, 10 mai 1989, p. 599 et *JO Débats Assemblée Nationale*, 11 octobre 1989, p. 3375.

¹⁵⁸ Non saisi de la loi portant réforme du code pénal, le Conseil constitutionnel n'a pu apprécier sa conformité au principe fondamental reconnu par les lois de la République consacré en 1987.

²⁴⁷ B. Pacteau, *Feu sur la jurisprudence Avranches et Desmarets !, Feue la jurisprudence Avranches et Desmarets ?*, Mélanges Auby, p. 249.

payer pour un système de dualité dont il reviendra à l'histoire et aux justiciables, de dresser et refaire sans cesse le bilan "coût - avantages" »²⁴⁸.

B - Les fondements incertains de la compétence du juge répressif.

La compétence du juge pénal, juge de l'action, pour statuer lui-même sur les exceptions d'illégalité des actes administratifs n'a jamais fait l'objet d'une justification officielle. L'article 111-5, élaboré sans aucun débat, ne permet pas d'en faire l'économie. Bien au contraire, achevant un processus entamé deux siècles plus tôt et mené sans esprit conceptuel, il impose une recherche sur les fondements de la solution qu'il consacre.

Certes, nombre d'auteurs s'y sont déjà essayés, mais la Chambre criminelle, quant à elle, semble ne s'être jamais préoccupée du fondement juridique du pouvoir qu'elle conférait aux tribunaux répressifs en matière de légalité administrative. "Ses arrêts affirment l'existence de ce pouvoir à la manière d'une pétition de principe"²⁴⁹. "L'examen de la légalité de l'acte est entrepris sans autre préambule, comme si ce pouvoir du juge pénal allait de soi"²⁵⁰.

Or "l'absence persistante de formulation explicite du fondement juridique d'une jurisprudence est un fait suffisamment insolite pour susciter l'interrogation"²⁵¹.

Nous allons nous attacher, dans les développements qui vont suivre, à exposer les divers fondements reconnus à l'application de la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception" en matière pénale. Certains d'entre eux semblent inadaptés, d'autres pourraient justifier l'état du droit.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Économica, 1987, p. 123.

²⁵⁰ Ibid, p. 125.

²⁵¹ Ibid, p. 123.

1 - Les fondements inadaptés.

Parmi les justifications doctrinales proposées aux solutions jurisprudentielles et législatives, quelques unes n'emportent pas l'adhésion, soit parce que purement extra-juridiques, soit parce que juridiquement fausses.

a - Les fondements extra-juridiques.

Il peut sembler étrange d'inaugurer une recherche sur les bases juridiques de la plénitude de compétence du juge répressif en exposant les données extra-juridiques qui ont pu être invoquées. Mais cela permet de montrer d'emblée que les fondements juridiques, exposés par la suite, n'ont pas convaincu. Le recours aux arguments de fait est alors la preuve d'une certaine impuissance doctrinale face à la jurisprudence criminelle. Cette dernière, cependant, n'était pas dépourvue d'arrière-pensées extra-juridiques.

Au premier rang de celles-ci figure le prestige de la mission des juges répressifs. Ainsi, le doyen Vedel expliquait-il que "la raison profonde de la compétence étendue du juge pénal est que la fonction répressive a gardé politiquement et socialement un prestige qui a permis à ses titulaires de pénétrer sur un domaine qui demeure interdit lorsqu'ils statuent en matière civile"²⁵².

Plus fréquemment, sont invoquées les relations entre l'administration et le juge répressif dans le cadre d'un procès pénal. "Quand l'autorité administrative, pour contraindre à l'exécution de ses actes, recourt à la justice pénale, celle-ci n'a plus à

²⁵² G. Vedel, Préface de la thèse de C. Pelletier, *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif*, LGDJ 1954.

craindre de troubler le cours d'un autre pouvoir : on ne lui demande que d'exercer le sien. L'administration qui est venue volontairement se placer sous le régime du droit pénal doit en subir les lois"²⁵³. L'idée se trouvait déjà sous la plume de Laferrière : "Par cela seul que l'autorité judiciaire est requise de prêter main-forte à l'administration et de punir ceux qui enfreignent ses prescriptions, elle a le droit d'apprécier toutes les exceptions et moyens de défense opposés à la poursuite par le prévenu, et notamment le moyen tiré de ce que l'acte serait illégal et non obligatoire. L'administration qui exerce ou fait exercer la poursuite, ne peut pas, dans ce cas, revendiquer le droit d'apprécier elle-même la légalité de son acte. Après avoir mis en mouvement la juridiction répressive, elle ne peut pas demander à la partager : elle livre son acte tout entier, par cela seul qu'elle lui demande d'en assurer l'exécution"²⁵⁴.

De la même manière, il n'est pas rare de voir mentionnées les relations entre juridictions dans les tentatives de théorisation. Ainsi, renvoyer les questions de légalité administrative "serait abusivement diviser le travail, prolonger l'incertitude du justiciable et surtout (...) amoindrir le débat pénal qui ne peut être arbitrairement amputé par l'appréciation séparée et in abstracto du point de droit administratif"²⁵⁵. En bref, les décisions de la Chambre criminelle "écartent le principe de la séparation des pouvoirs dans sa rigueur classique au nom d'une efficace division du travail entre les divers ordres juridictionnels, elles s'attachent à développer le rendement de l'organisation judiciaire, et non à protéger l'administration"²⁵⁶.

Toutes ces justifications sont inadaptées. En effet, aucune ne suffit à fonder la compétence du juge répressif à l'égard des actes administratifs, alors que devrait prévaloir le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Elles

²⁵³ Th. Cathala, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ 1966, p. 11.

²⁵⁴ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T I, 1ère éd., 1887, p. 581.

²⁵⁵ Th. Cathala, op. cit., p. 20.

²⁵⁶ J. Donnedieu de Vabres, *Les éléments administratifs de l'infraction*, D 1952, I, 137.

doivent, cependant, être mentionnées car toute solution jurisprudentielle n'est pas que droit. Il y a toujours à l'arrière-plan un contexte extra-juridique pris en compte par le juge avant de trancher. Et en matière de plénitude de compétence du juge répressif, plus qu'ailleurs, ce contexte doit être connu.

b - Les fondements juridiques.

Le premier argument vraiment juridique avancé par la doctrine est l'assimilation du règlement à la loi. Le second fait état d'invitations législatives adressées au juge répressif.

Normes de portée générale, le règlement administratif et la loi seraient matériellement assimilables. L'affirmation, déduite de ce postulat, selon laquelle le juge répressif serait compétent pour apprécier la légalité des règlements administratifs a antérieurement été critiquée. Outre sa fausseté, cette explication ne saurait être que partielle.

L'erreur est aisément démontrable. D'une part, l'assimilation du règlement à la loi permet au mieux d'affirmer que, comme il interprète la loi, le juge interprétera les règlements. Elle ne saurait amener ce même juge à apprécier la légalité des règlements puisqu'il n'a pas cette compétence à l'égard des lois. D'autre part, si l'argument était exact, il devrait conduire à reconnaître une compétence identique au juge civil, apte lui aussi à interpréter les lois. Or, telle n'est pas la solution qui prévaut.

Erroné, l'argument est par ailleurs insuffisant. En effet, il ne justifierait pas la compétence du juge pénal à l'égard des actes individuels, insusceptibles d'une assimilation à la loi.

Ce fondement, repris exceptionnellement par la jurisprudence²⁵⁷, ne pouvait donc s'imposer face à ces critiques.

La doctrine a cru également pouvoir résoudre la difficulté en lui apportant la réponse la plus simple en droit : le juge répressif serait compétent pour apprécier par voie d'exception la légalité des actes administratifs en raison de l'existence de textes législatifs l'y invitant.

Outre qu'une telle solution ne ferait que déplacer le problème²⁵⁸, elle ne peut emporter conviction.

Il existe effectivement de nombreux textes sur lesquels fonder la plénitude de compétence du juge pénal. Il faut rappeler, notamment, l'ordonnance du 1er juin 1828, la loi du 28 avril 1832, l'article 197 du code pénal, la loi du 9 décembre 1905, la loi du 11 juillet 1938 et, la plus remarquable, la loi du 22 juillet 1992.

Certes, il n'est plus possible aujourd'hui d'affirmer que "l'existence ou l'absence des mots "légalement fait ou ordonné" ne (...) paraît pas un critérium pertinent de compétence pour l'examen de la légalité des mesures avant d'appliquer la peine" en raison de ce que "l'existence d'un texte prévoyant la légalité de l'acte administratif comme condition de la sanction ne saurait justifier une dérogation au principe de la séparation des pouvoirs"²⁵⁹. En effet, la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, en déniait valeur constitutionnelle audit principe, a ouvert la possibilité au législateur d'y déroger librement, sauf à respecter les domaines de compétence constitutionnellement réservés.

Cependant, l'argument textuel n'est pas satisfaisant pour deux raisons principales.

²⁵⁷ V. Civ 24 juin 1890, S 1891, I, 540, dans lequel l'assimilation du règlement à la loi justifie l'appréciation de la légalité du premier ; TC 16 juin 1923, Septfonds, p. 498 ; D 1924, 3, p. 41, concl. Matter ; S 1923, 3, p. 49, note Hauriou, qui utilise l'argument pour sa seule part exacte : le pouvoir d'interprétation du juge judiciaire ; et v. CA Caen 4 juin 1947, D 1947, p. 446.

²⁵⁸ Il s'agirait alors de savoir si le législateur pouvait procéder à une telle attribution de compétence et d'en rechercher la finalité.

²⁵⁹ Ch. Blaevoet, note sous TC 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, D 1952, J, p. 71.

D'une part, la compétence du juge pénal n'est pas issue de ces textes puisqu'ils sont intervenus postérieurement à la jurisprudence de 1810. Elle seule est à l'origine d'une compétence que le législateur n'a pu qu'entériner. Force est donc de constater "qu'il ne saurait être question de fonder la jurisprudence de la Chambre criminelle sur une quelconque incitation législative puisque cette jurisprudence, on l'a vu, n'a pas attendu l'apparition de l'article 471 § 15 pour s'établir, l'a par la suite peu invoqué, et en a résolument franchi les limites"²⁶⁰.

D'autre part, les textes législatifs invoqués comme fondement à la plénitude de compétence du juge répressif n'ont tous²⁶¹ qu'une portée très spécifique et leur combinaison ne couvre pas le vaste domaine conquis par elle. "De ce que, en matière correctionnelle, quelques textes particuliers obligent les juges de la peine à vérifier la légalité des actes administratifs enfreints ou contestés, il ne peut être logiquement tiré un principe général. Si celui-ci existe, s'il a pu même inspirer le législateur, il faut en trouver la justification dans des exigences juridiques supérieures, opposables même à l'auteur de la loi"²⁶².

Pareillement, Laferrière affirmait : "aucun texte ne proclame (...) la plénitude de juridiction des tribunaux correctionnels, comme l'article 471 § 15 l'a fait pour les tribunaux de simple police, mais les tribunaux correctionnels n'en sont pas moins compétents pour résoudre ces questions ; non qu'ils puissent invoquer par analogie cet article 471 § 15 qui ne vise que les règlements de moindre importance, mais parce que ce texte lui-même est plutôt déclaratif qu'attributif de compétence et parce que le droit qu'il proclame est inhérent à la mission de tout tribunal de répression lorsqu'on lui demande de procurer une sanction pénale à un acte administratif"²⁶³.

L'explication par les textes législatifs est donc insuffisante puisque n'englobant pas toutes les hypothèses de plénitude de juridiction du juge répressif. Ces textes

²⁶⁰ J. Castagné, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, Thèse 1964, p. 127.

²⁶¹ Hormis la loi du 22 juillet 1992, mais celle-ci, comme les précédentes, n'a fait que consacrer une solution jurisprudentielle antérieure.

²⁶² Th. Cathala, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ 1966, p. 19.

²⁶³ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2ème éd., 1896, T I, p. 634.

semblent plutôt expliciter un principe existant en dehors d'eux. Comme Laferrière et M. Cathala, il est donc nécessaire d'envisager l'existence de fondements plus généraux.

2 - Les fondements possibles.

La doctrine a invoqué trois notions de portée générale pour justifier juridiquement le droit du juge pénal d'apprécier lui-même la légalité des actes administratifs contestés devant lui. Cependant, menée isolément, leur étude ne fournit pas un fondement convaincant. Leur combinaison ne semble pas plus satisfaisante.

a - Les fondements en cause.

Au soutien des solutions jurisprudentielles, trois notions fondamentales ont été mentionnées : la plénitude de juridiction du juge répressif, le principe de légalité des délits et des peines et la qualité de gardien des libertés individuelles reconnue aux juges judiciaires.

□- La plénitude de juridiction du juge répressif.

Il est évident que la plénitude de juridiction du juge pénal n'est pas, à elle seule, une raison de la compétence de ce juge pour trancher les exceptions d'illégalité administratives. La tautologie est certaine : "c'est une explication verbale : la question est précisément de savoir si, en cette matière, le juge pénal a ou non plénitude de juridiction"²⁶⁴.

Par ailleurs, "c'est en fait la justification la plus rarement soutenue et c'est en droit la plus insoutenable. S'il est bien exact que l'axiome existe et qu'il a de

²⁶⁴ M. Waline, *Les rapports du droit administratif et du droit pénal*, Cours de doctorat, 1947-1948, p. 138.

nombreuses applications tant en droit civil qu'en droit pénal, il est non moins sûr qu'il doit s'effacer devant un texte légal contraire²⁶⁵. Or, les textes révolutionnaires ont posé de la manière la plus large possible le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

En outre, il n'est pas possible d'adopter l'argument "pour cette raison déterminante qu'en le retenant, on serait normalement conduit à faire échec en toutes hypothèses au principe de la séparation des fonctions"²⁶⁶. Or, de la jurisprudence criminelle postérieure à l'arrêt Dame Le Roux, il ressort qu'une partie notable des actes administratifs invoqués en matière pénale échappait à la compétence du juge du principal²⁶⁷.

Malgré ses défauts, le recours au principe de plénitude de juridiction du juge pénal a pourtant été retenu par les juges en de nombreuses hypothèses, et notamment par le Tribunal des conflits dans l'arrêt Avranches et Desmarets²⁶⁸.

□- Le principe de légalité des délits et des peines.

La deuxième notion traditionnellement citée pour établir la compétence du juge répressif est spécifique à ce juge. Elle serait donc plus susceptible d'expliquer ses pouvoirs particuliers. Il s'agit du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen²⁶⁹.

Le principe "nullum crimen sine lege, spécial au droit pénal, entraîne cette conséquence que le juge ne peut prononcer de condamnation qu'en vertu d'un texte légal, puisque la violation d'un texte illégal ne peut pas être considérée comme une

¹⁷⁷ Ibid.

²⁶⁶ Th. Cathala, op. cit., p. 15.

²⁶⁷ Il est vrai, cependant, que la jurisprudence antérieure à cette décision, par sa généralité, échappait à la critique ici formulée, v. supra, p. 85 et s.

²⁶⁸ V. supra, p. 91 et s.

²⁶⁹ "Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée".

infraction”²⁷⁰. “Le juge ne peut appliquer une peine sans une loi ; or, en matière de règlements administratifs, il n’y a de loi qu’autant que l’auteur du règlement, maire ou préfet, a légiféré sur une matière rentrant dans ses attributions et qu’il n’a pas excédé les pouvoirs que lui confère la délégation qu’il a reçue du législateur”. “Ce pouvoir conféré au juge de simple police a sa source dans l’adage : nulla poena sine lege”²⁷¹.

Malgré son intérêt, cette démonstration semble insuffisante. En effet, dire qu’un acte illégal ne peut servir de fondement à une sanction pénale ne signifie pas que le juge pénal puisse lui-même apprécier la légalité de l’acte en cause.

Le principe de légalité des délits et des peines justifie une appréciation de la légalité des actes administratifs intervenant au cours d’un procès pénal. Il n’a aucune influence sur l’application du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. L’appréciation de légalité, pour être obligatoire, devrait toujours relever du juge administratif.

Marcel Waline a ainsi exposé la critique : “on invoque (...) le principe nullum crimen sine lege : le juge ne peut prononcer une condamnation que pour un acte certainement délictueux et il n’y a pas de délit à désobéir à un règlement illégal. L’argument serait décisif contre toute théorie qui prétendrait obliger le juge pénal à sanctionner d’une peine n’importe quel règlement administratif, même sérieusement argué d’illégalité ; mais il s’agit nullement de cela ; personne ne demande une sanction automatique de tous les règlements administratifs, la seule question est de savoir si le juge pénal doit apprécier lui-même la légalité du règlement, ou y voir une question préjudicielle à renvoyer à un autre juge tout en surséant à statuer sur la poursuite pénale”²⁷².

Pas plus que la plénitude de juridiction du juge répressif, le principe de légalité des délits et des peines ne suffit à fonder la compétence de ce juge pour statuer sur

²⁷⁰ A. Homont, *L’appréciation de la légalité des actes administratifs individuels par les tribunaux répressifs de l’ordre judiciaire*, JCP 1951, I, 956 ter.

²⁷¹ Feuilletoy, concl. sur Req. 7 février 1910, S 1912, I, p. 505.

²⁷² M. Waline, op. cit., p. 137.

les exceptions d'illégalité administratives. Il reste à étudier le dernier principe avancé par la doctrine.

□- L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle.

Un fondement constitutionnel a pu être invoqué au soutien de l'absence de question préjudicielle de légalité devant les juridictions pénales. Il s'agit de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes duquel "nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi". C'est le fondement assigné à l'article 111-5 du code pénal par la circulaire du 14 mai 1993 : "le Parlement a décidé (...) de faire prévaloir sur toute autre considération la protection de la liberté individuelle dont le juge pénal doit être le gardien"²⁷³

Gardien de la liberté individuelle, le juge répressif serait compétent pour apprécier lui-même les actes administratifs pénalement sanctionnés puisque le prononcé de la peine constitue une atteinte à cette liberté.

Ce ne serait donc pas en raison du contenu de l'acte administratif, mais de la nature de la sanction qui lui est attachée, que découlerait la compétence. En effet, si un acte pénalement sanctionné peut, en lui-même, ne porter aucune atteinte à la liberté, celle-ci est cependant menacée par toute condamnation de sa violation.

Inversement, personne n'a jamais prétendu qu'un acte administratif portant atteinte à une liberté individuelle relevait pour ce motif de la compétence du juge pénal. Le juge administratif a forgé en ce domaine une jurisprudence tout aussi protectrice des droits des administrés. "L'intervention du juge judiciaire en matière de liberté individuelle n'exclut (...) pas celle du juge administratif. Celui-ci reste compétent pour statuer sur des litiges où la liberté individuelle est en cause. Il en est ainsi pour tous les actes administratifs qui touchent à la liberté individuelle, sans

²⁷³ Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal, du 14 mai 1993, n° 93-9 F 1, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, n° spécial septembre 1993, p. 11.

constituer une voie de fait ni une infraction sanctionnée par le Code pénal. (...) Il n'est donc pas exact qu'en cas d'atteinte à la liberté individuelle par l'administration, la protection des administrés soit exclusivement assurée par l'autorité judiciaire. On peut seulement dire que la protection de la liberté individuelle donne aux juridictions judiciaires matière à exercer une compétence à l'égard de l'administration, dans les conditions définies par certains textes²⁷⁴. L'article 66 est de ceux-ci mais son critère d'application n'est pas lié à la substance de l'acte administratif pénalement sanctionné mais, plus largement, à la nature des décisions à prendre en matière répressive.

“Les droits fondamentaux sont toujours en jeu devant le juge répressif, non à raison du contenu de l'acte administratif que la loi pénale sanctionne, mais à raison de la peine attachée à l'infraction. Même purement pécuniaire, même assortie du sursis, la peine est une atteinte grave aux droits les plus essentiels”²⁷⁵.

En d'autres termes, “dès l'instant qu'on est en matière répressive, cet acte administratif, par ses incidences pénales, intéresse les droits les plus fondamentaux et le tribunal répressif ne peut jamais déclarer l'exception irrecevable”²⁷⁶.

En effet, “par la nature même de ses fonctions, le juge répressif a le pouvoir de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'individu, à son honneur, à sa liberté et à son patrimoine”²⁷⁷.

L'article 66 de la Constitution réserve au juge judiciaire le pouvoir de prononcer les mesures attentatoires à la liberté individuelle que sont toutes les sanctions pénales. Implique-t-il cependant une plénitude de juridiction quant aux éventuelles exceptions d'illégalité des actes administratifs violés ?

Afin de répondre par l'affirmative, il faudrait considérer que pour l'exercice de sa mission, il est indispensable que le juge répressif puisse apprécier lui-même tous

²⁷⁴ G. Vedel, P. Delvolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey 1991, n° 576.

²⁷⁵ G. Vedel, obs. sous Trib. Corr. Toulon, 18 mars 1948, *JCP* 1948, II, 4299.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit Administratif*, T I, 12ème éd., PUF, 1992, p. 200.

les éléments constituant le litige, à commencer par les actes administratifs dont la violation est poursuivie.

“La séparation des autorités ne saurait interdire aux tribunaux d’apprécier la validité des mesures qui peuvent entraîner des restrictions particulières à la liberté des citoyens, à l’exercice de leurs droits fondamentaux. Le pouvoir d’apprécier la validité des actes administratifs n’est qu’un moyen par rapport à la fin qui est assignée par l’ordre constitutionnel à la mission du juge pénal. Il serait par trop injuste et contraire à l’ordonnement juridique, que des prescriptions irrégulièrement édictées puissent, de surcroît, mettre en mouvement le pouvoir de répression. Nous ne croyons pas nous avancer en disant que la décision de 1810 se place uniquement dans l’optique de la “mission du juge pénal”, et au plan de la protection des droits fondamentaux des citoyens”²⁷⁸.

La construction ne se recommande que de la pure opportunité. Il semble satisfaisant que l’issue du procès ne dépende pas de l’appréciation portée sur la légalité d’un acte par un juge autre que celui habilité par la Constitution à trancher en matière de liberté individuelle.

Il n’y a cependant à cela aucune nécessité juridique. L’article 66, bien qu’il assigne une compétence exclusive au juge judiciaire, ne semble suffire à justifier qu’elle se traduise par une plénitude de juridiction. Ce n’est pas parce que le juge répressif est compétent pour prononcer des mesures restrictives des libertés que les exceptions d’illégalité constituent pour lui des questions préalables.

Des trois fondements sérieux invoqués par la doctrine à l’appui de l’application de la maxime “le juge de l’action est juge de l’exception” devant le juge répressif, aucun ne semble suffisant au terme d’un examen critique.

La plénitude de juridiction est plutôt une conséquence qu’une cause. Le principe de légalité des délits et des peines, explique l’existence d’un contrôle de légalité mais n’autorise pas le juge pénal à l’effectuer lui-même. Enfin, sa qualité de

²⁷⁸ C. Goyard, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Thèse 1962, p. 243.

gardien de la liberté individuelle justifie la compétence du juge répressif pour statuer sur les poursuites fondées sur la violation d'un acte administratif mais ne peut motiver sa plénitude de compétence.

Insuffisants individuellement, ils ne sont pas plus pertinents combinés.

b - L'échec de leur combinaison.

Un auteur s'est précédemment essayé à l'analyse combinatoire sur le problème : "Les deux notions "protection des droits fondamentaux et plénitude de juridiction", et d'autre part, la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception", s'ordonnent dans un schéma logique : d'une part, la garantie des droits fondamentaux étant la raison d'être de la juridiction judiciaire et d'autre part, la répression des infractions étant la fin spécialement assignée à la mission du juge pénal, la condition essentielle de l'exercice non arbitraire du pouvoir de répression est ce que l'on convient d'appeler la plénitude de juridiction du juge pénal ; une conséquence de la plénitude de juridiction est que le juge de l'action est juge de l'exception"²⁷⁹.

Il semble cependant manquer à cette démonstration un élément essentiel. L'invocation de la nécessité d'un exercice non arbitraire du pouvoir répressif ne suffit pas juridiquement. Argument plus pratique que juridique, elle ne parvient à fonder la dérogation au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

Le constat de l'échec de la combinaison des éléments avancés était prévisible. Si chacun d'eux est pour sa part utile, leur assemblage, quelque soit l'habileté dialectique déployée, est impuissant à surmonter l'obstacle constitué par la conception française de la séparation des pouvoirs.

"Les fondements imaginés se heurtent tous à des objections (...). Peut-être celles suscitées par les principes de légalité des délits et des peines et de plénitude

²⁷⁹ Ibid, p. 256.

de juridiction du juge pénal n'ont-elles pas de caractère insurmontable. Elles restent en tout cas suffisamment graves pour empêcher d'affirmer que le fondement du pouvoir du juge pénal en matière de légalité administrative réside dans l'un ou l'autre de ces deux principes (ou dans leur conjugaison). Force est donc de reconnaître que c'est devant une règle dont le fondement reste à élucider que le principe de séparation s'est progressivement effacé²⁸⁰. Sans adhérer à la première partie de l'affirmation, il convient de s'associer à son constat pessimiste.

Qu'on la croit ou non fondée, la compétence en cause est, cependant, depuis la loi du 22 juillet 1992, assise sur un texte législatif et pourvue d'un champ d'application général. Cette loi suffit à déroger au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, de valeur partiellement constitutionnelle. Elle n'est pas contraire à la conception française de la séparation des pouvoirs, qui n'est protégée constitutionnellement qu'en matière d'annulation et de réformation des actes administratifs.

Le paradoxe mérite d'être noté : c'est lorsqu'elle a la portée la plus vaste que la plénitude de juridiction du juge judiciaire est la moins justifiée. En effet, la compétence du juge civil à l'égard des exceptions d'illégalité, bien qu'exceptionnelle, repose sur des fondements crédibles.

§ 2 - LE JUGE CIVIL, EXCEPTIONNELLEMENT JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

Confronté à des exceptions d'illégalité d'actes administratifs, le juge civil ne bénéficie pas d'une compétence de principe pour les trancher. A la différence de son homologue pénal, il doit se plier au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Cette incompétence de principe fera l'objet de

²⁸⁰ D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Économica, 1987, p. 123.

développements au cours du chapitre suivant, consacré à l'hypothèse où le juge de l'action n'est pas juge de l'exception.

Toutefois, la limite posée aux pouvoirs du juge civil en matière de légalité des actes administratifs n'est pas absolue. Elle connaît au moins deux tempéraments, qui justifient le présent paragraphe dans un chapitre relatif au juge de l'action, juge de l'exception.

Ces deux tempéraments sont traditionnels. Le premier, qui concerne un juge particulier, le juge fiscal, est directement issu de textes législatifs de la période révolutionnaire, le second, qui porte sur certains agissements de la puissance publique, la voie de fait, est d'origine purement jurisprudentielle.

A - La plénitude de compétence du juge fiscal.

Il est nécessaire de rappeler, tout d'abord, que le contentieux fiscal fait l'objet, en France, d'une répartition entre les juridictions des deux ordres. Posée sous la Révolution, la distinction est opérée entre le contentieux des impôts directs et taxes assimilées, perçus au profit de l'État comme au profit des collectivités locales, qui relève du juge fiscal administratif et le contentieux des contributions indirectes et monopoles fiscaux, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière et des droits de timbre, dont le contentieux est attribué au juge judiciaire de l'impôt.

La compétence du juge civil ne procède pas, comme Laferrière l'enseignait, de la considération des actes en cause dans le contentieux des impôts indirects, mais, plus trivialement, de pures contingences politiques. En effet, les impôts indirects, ayant une mauvaise réputation sous l'Ancien Régime, "pour faire admettre aux citoyens le rétablissement de ces impôts, il fallait entourer le recouvrement de sérieuses garanties en faveur du contribuable. C'est pourquoi, le contentieux des

contributions indirectes a été confié à l'autorité judiciaire qui inspirait plus de confiance aux citoyens que les juridictions administratives"²⁸¹.

Il est alors certain que "l'originalité d'un tel partage éclate aux yeux de tous : la séparation des autorités administratives et judiciaires est ici laissée de côté et il n'est pas question de résoudre des points de compétence délicats entre les deux ordres de juridiction"²⁸².

Quoiqu'il en soit, l'attribution d'une compétence pour statuer sur le fond de l'action ne justifie pas, en elle-même, la plénitude de compétence du juge judiciaire de l'impôt pour trancher les exceptions d'illégalité. Elle connaît néanmoins un fondement satisfaisant.

1 - Le fondement de la compétence du juge fiscal.

Non contestée et solidement établie, la compétence du juge judiciaire de l'impôt fait l'objet d'une justification doctrinale satisfaisante. Elle se réfère, d'une part, à l'existence de textes législatifs, d'autre part, à la mission du juge fiscal.

a - Les fondements textuels.

La compétence du juge judiciaire, en matière de prélèvements indirects résulte de pures contingences politico-historiques. Les textes révolutionnaires qui la fondent sont nombreux.

La compétence civile a ainsi été affirmée, en matière d'impôts indirects par l'article 2 de la loi des 7 et 11 septembre 1790, en matière de droits de douane par la loi du 14 fructidor an III, en matière de droits d'enregistrement par les articles 63 et

²⁸¹ J. Lacroix, *L'appréciation de la légalité des règlements administratifs par les tribunaux judiciaires*, Thèse, 1931, p. 112.

²⁸² M. Renahy, *Unité et diversité du contentieux fiscal français*, Thèse 1955, p. 22.

65 de la loi du 22 frimaire an VII, enfin, en matière de contributions indirectes par la loi du 5 ventôse an XII et le décret du 1er germinal an XIII.

Ces solutions sont actuellement reprises en matière douanière par l'article 357 bis du Code des Douanes qui dispose que "les tribunaux d'instance connaissent des contestations concernant le paiement ou le remboursement des droits, des oppositions à contrainte et des autres affaires de douane n'entrant pas dans la compétence des juridictions répressives".

Pour les impôts indirects, il convient de se référer à l'article L 199 du Livre des Procédures Fiscales selon lequel "en matière de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes ou contributions, le tribunal compétent est le Tribunal de Grande instance".

Ces textes ne visent qu'à attribuer la compétence au principal en matière d'impôts indirects et de douane. Ils ne sauraient fonder, faute de disposition explicite en ce sens, la plénitude de juridiction du juge civil à l'égard des exceptions d'illégalité des actes administratifs.

Pour justifier celle-ci, il est nécessaire de faire appel à un argument complémentaire, relatif à la mission du juge fiscal.

b - La mission du juge fiscal.

Si Laferrière²⁸³ et Ducrocq²⁸⁴ ont cru trouver des bases rationnelles à l'attribution du contentieux fiscal indirect au juge civil, ces constructions doctrinales ont rapidement montré leurs limites et ont cédé la place, sous l'impulsion notamment de Jèze, à des explications fondées sur les circonstances politiques lors du rétablissement de ces prélèvements.

²⁸³ V. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2ème éd., T. I, p. 691, et T. II, p. 265.

²⁸⁴ V. Ducrocq, *Cours de Droit administratif*, 7ème éd., T. II, 1897, n° 428.

Le changement d'approche a permis de faire apparaître que, quoiqu'attribué à deux juges différents, le contentieux fiscal n'en conserve pas moins une unité certaine dans sa nature.

Tout litige fiscal met ainsi le juge en présence d'un acte individuel d'imposition contesté pour obtenir la décharge des sommes mises à la charge du contribuable. Or, la contestation de l'acte, qu'il porte sur des impôts directs ou indirects, ne peut se faire, en raison des principes de légalité de l'impôt et d'égalité devant l'impôt, pour des considérations d'opportunité, d'équité mais uniquement par des moyens de droit.

“Le contentieux fiscal est donc essentiellement un contentieux objectif de l'imposition : c'est l'acte administratif d'imposition qui est, objectivement, en lui-même, analysé par le juge”²⁸⁵.

Ainsi caractérisé, le contentieux fiscal est très proche du recours pour excès de pouvoir, dont il ne se distingue que par la plénitude de juridiction de son juge, qui peut non seulement annuler mais aussi réformer les décisions de l'administration fiscale.

“C'est parce que le contentieux fiscal est un contentieux objectif de l'imposition qu'il réalise ce contrôle de la légalité et, par là-même, ce contrôle de l'activité administrative, que le contentieux de l'excès de pouvoir exerce de son côté dans d'autres domaines”²⁸⁶.

Contentieux objectif, contentieux de la légalité, et ce aussi bien devant le juge judiciaire que devant le juge administratif, la conclusion est aisée à tirer : “le contentieux fiscal n'est qu'une partie du contentieux administratif”²⁸⁷ et “tout sépare le contentieux fiscal du contentieux civil, procédure, organisation des recours, pouvoirs du juge ...”²⁸⁸.

Cette démonstration conduit alors à reconnaître au juge civil, comme au juge administratif de l'impôt, le pouvoir d'apprécier lui-même la légalité de tous les actes

²⁸⁵ M. Rénahy, *Unité et diversité du contentieux fiscal français*, Thèse Paris, 1955, p. 170.

²⁸⁶ Ibid, p. 171.

²⁸⁷ Ibid, p. 179.

²⁸⁸ Ibid, p. 181.

administratifs en jeu. En décider autrement reviendrait à vider sa compétence de toute portée : juge de la légalité fiscale, obligé de renvoyer les questions relatives à cette légalité, c'est-à-dire le coeur même des affaires à lui soumises, il n'aurait qu'à appliquer mécaniquement les réponses du juge administratif à ces questions.

L'attribution du contentieux des impôts indirects au juge civil serait alors une coquille vide, source de lenteur et de complications infinies.

Il est, au contraire, possible d'affirmer que l'appréciation de la légalité des actes administratifs fait logiquement partie de la compétence du juge civil de l'impôt. "En réalité, le pouvoir reconnu au juge de l'impôt indirect d'apprécier la légalité des règlements fiscaux est impliqué par l'objet même de sa compétence : juge de la légalité d'une obligation fiscale, il doit être en mesure de contrôler tous les actes administratifs susceptibles de vicier une imposition"²⁸⁹.

En bref, "le contentieux fiscal est un contentieux de la légalité (...) de sorte que l'appréciation de la validité des actes administratifs n'est même plus, à vrai dire, une question préjudicielle"²⁹⁰.

C'est donc par l'appel à la mission du juge fiscal et à la nature objective du contentieux dont il est saisi, que l'on peut justifier l'absence de question préjudicielles de droit administratif devant le juge civil de l'impôt.

2 - L'étendue de la compétence du juge fiscal.

La compétence du juge judiciaire fiscal pour statuer lui-même sur les exceptions d'illégalité soulevées au cours des litiges dont il est saisi, très anciennement consacrée²⁹¹, est large. Elle porte sur tous les types de prélèvements ressortant à sa compétence et sur tous les actes administratifs.

²⁸⁹ B. Castagnède, *La répartition des compétences juridictionnelles en matière fiscale*, Thèse Paris, 1972, p. 332.

²⁹⁰ M. Chrétien, *De l'illégalité du Code général des impôts de 1950 devant les tribunaux judiciaires*, JCP 1954, I, 1149.

²⁹¹ V. Req. 27 novembre 1844, D 1845, I, p. 38 ; Civ 24 mars 1847, D 1847, I, p. 145, concl. Dupin.

a - Les impôts en cause

Nous l'avons vu, le juge fiscal judiciaire est compétent pour tous les litiges individuels²⁹² d'imposition aux contributions indirectes²⁹³, aux monopoles fiscaux, aux droits d'enregistrement²⁹⁴, à la taxe de publicité foncière, aux droits de timbre et à divers autres droits indirects²⁹⁵. La compétence s'étend par ailleurs aux droits de douane.

De cette compétence par voie d'action, il a déduit sa compétence pour statuer sur les exceptions d'illégalité d'actes administratifs.

Elle fut affirmée pour diverses contributions indirectes comme la taxe à l'essieu²⁹⁶, la taxe de séjour dans les stations hydrominérales, climatiques ou touristiques²⁹⁷, une taxe d'importation sur les sels²⁹⁸, une taxe d'abonnement au droit de timbre²⁹⁹, ou comme les droits d'enregistrement³⁰⁰, les droits sanitaires³⁰¹ et les droits de douane³⁰².

²⁹² V. lorsqu'est directement attaqué un règlement relatif à l'un des prélèvements cités au texte, la compétence est administrative puisqu'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir et non d'un litige fiscal stricto sensu, v. par exemple, en matière de droits de douane, CE 26 février 1964, Fédération des importateurs de la métallurgie et de la mécanique, p. 855.

²⁹³ Perçues au profit de l'État (droits relatifs aux boissons et alcools, droits de consommation sur les tabacs manufacturés, taxe spéciale sur les débits de boissons, taxe à l'essieu etc...) ou des collectivités locales (licence des débitants de boissons, surtaxe sur les eaux minérales, taxe sur les cercles et maisons de jeux, etc ...).

²⁹⁴ Perçus au profit de l'État (droit d'enregistrement des cessions de fonds de commerce, droit d'enregistrement des cessions de droits sociaux, droits de succession et de donation etc...) ou des collectivités locales (taxe locale d'équipement etc...).

²⁹⁵ Pour une liste exhaustive, v. R. Drago et J-M Auby, *Le contentieux administratif*, T. I, LGDJ 1984, n° 571.

²⁹⁶ V. Civ 1ère 16 novembre 1982, *JCP* 1983, IV, p. 38.

²⁹⁷ V. Civ 28 avril 1926, *DH* 1926, p. 299.

²⁹⁸ V. Civ 8 mai 1934, *DH* 1934, p. 347.

²⁹⁹ V. Com 26 février 1950, *JCP* 1951, CI, II, 6284, obs. L. H.

³⁰⁰ V. TC 16 février 1923, Graber, p. 501.

³⁰¹ V. TC 27 octobre 1931, Société Pannier, *DH* 1932, p. 9.

³⁰² V. Cass 24 mars 1847, *D* 1847, I, p. 145, concl. Dupin ; TC 24 octobre 1942, Sieur de Morcourt, p. 316 ; Trib. Civ. Dunkerque, 25 février 1953, *RSLF* 1953, p. 801, chr. M. Chrétien ; TC 26 mai 1954, Société des Hauts Fourneaux de la Chiers, p. 706 ; TC 12 novembre 1984, Préfet de la Haute Corse, *RFDA* 1985, p. 445, concl. Picca.

b - Les actes en cause.

Le juge judiciaire fiscal a le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité de tous les actes administratifs rencontrés au cours d'un litige.

“Pour tout ce qui concerne le contentieux de la perception des impôts indirects, les tribunaux judiciaires sont compétents non seulement pour appliquer les décisions administratives qui établissent ou même celles qui sont intimement liées à leur perception, mais encore pour interpréter et contrôler la légalité des règlements, des actes individuels administratifs et des conventions qui s'y rapportent”³⁰³. L'affirmation fait l'objet d'un accord unanime de la doctrine : “il est en effet de jurisprudence bien établie que les juges judiciaires, quand ils sont juges de l'impôt, peuvent apprécier la légalité des actes administratifs, tant individuels que généraux”³⁰⁴.

Elle s'appuie naturellement sur une jurisprudence nombreuse de la Cour de cassation, qu'il s'agisse d'exception d'illégalité d'actes individuels³⁰⁵ ou d'actes réglementaires³⁰⁶, confirmée par le Tribunal des conflits³⁰⁷ et par le Conseil d'État³⁰⁸.

Ce dernier devait d'ailleurs considérer jusqu'en 1913³⁰⁹ que la possibilité de contester par voie d'exception la légalité des règlements fiscaux devant le juge judiciaire, constituant un recours parallèle, justifiait l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre eux.

³⁰³ J. Lacroix, op. cit., p. 123.

³⁰⁴ M. Rénahy, op. cit., p. 159.

³⁰⁵ Req. 19 mars 1947, S 1947, I, p. 91.

³⁰⁶ V. Civ 28 avril 1926, *DH* 1926, p. 299 ; Req. 25 juin 1941, *DC* 1943, p. 12 ; Civ 26 février 1950, *JCP* 1951, II, 6284, note L. H. ; Com 31 janvier 1956, *JCP* 1956, II, 9261 ; Com 12 février 1968, *JCP* 1969, II, 15974, note L. S. C. ; Civ 1ère 16 novembre 1982, *JCP* 1983, IV, p. 38.

³⁰⁷ V. pour les règlements, TC 27 octobre 1931, Société Pannier, p. 1173 ; TC 24 octobre 1942, Sieur de Morcourt, préc. ; TC 26 mai 1954, Société des Hauts fourneaux de la Chiers, préc. ; TC 26 février 1964, Fédération des importateurs de la métallurgie, p. 855 ; TC 12 novembre 1984, Préfet de la Haute Corse, préc.

³⁰⁸ V. CE 30 août 1845, Rivalz, p. 464 ; CE 4 septembre 1856, La Caussade, p. 562 ; CE 14 décembre 1862, Grelleau, p. 774 ; CE 28 février 1866, Lavenant, p. 175 ; CE 24 mars 1876, Bonnet, p. 300 ; CE 5 avril 1878, Valentin, p. 363 ; CE 19 mai 1899, Levieux, p. 401 ; CE 21 février 1908, Turcat, p. 168 ; CE 25 janvier 1946, Ricoust, p. 24.

³⁰⁹ V. CE 28 janvier 1913, Breil, S 1918-1919, 3, p. 37.

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent, en outre, au juge judiciaire de l'impôt, non pas une faculté de trancher lui-même les questions de légalité administrative mais bien plutôt une obligation.

Certains arrêts posent très explicitement cette compétence liée : "le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait, en cette matière, être invoqué pour retirer aux tribunaux ordinaires le droit d'apprécier la légalité des actes administratifs, réglementaires ou individuels servant de base aux taxes réclamées ; (...) la plénitude de juridiction qui leur est ainsi reconnue met obstacle à ce qu'ils puissent ajourner par un renvoi à l'autorité administrative, en vue de faire trancher par elle la question préjudicielle de légalité, la solution des instances dont ils sont saisis"³¹⁰.

La compétence du juge judiciaire de l'impôt à l'égard des exceptions d'illégalité est donc la plus large. Elle ne connaît qu'une limite liée au principe de la séparation des autorités. Le commissaire du gouvernement Belbeuf a, en 1869, parfaitement résumé la situation : "chargés de prononcer sur les contestations relatives aux perceptions indirectes, investis du droit de décider si la contribution est due ou ne l'est pas, les tribunaux, par voie de conséquence, possèdent pleine et entière juridiction pour l'examen de la légalité de la taxe au point de vue restreint de l'application individuelle. L'autorité judiciaire ne pourrait, sans porter atteinte au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, déchirer, faire tomber dans son ensemble l'acte en vertu duquel les droits sont perçus mais la loi lui donne le pouvoir d'exonérer, dans chaque affaire, les redevables de la taxe qui leur est réclamée, si cette taxe ne lui paraît pas légalement fondée"³¹¹.

Aussi large qu'elle soit, la compétence du juge judiciaire fiscal en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs bénéficie d'une solide assise juridique par la référence à la mission de ce juge. Le fondement de l'autre cas de

³¹⁰ Civ 8 mai 1934, *DH* 1934, p. 347 ; v. aussi Trib. Civ. Bayonne 22 juin 1953, *RSLF* 1954, p. 424 ; Com 19 mai 1953, *S* 1954, I, p. 1.

²²³ Belbeuf, concl. sur CE 15 mai 1869, *Commune de Petite Synthe*, p. 469.

compétence du juge non répressif de l'action pour statuer sur les exceptions d'illégalité est sensiblement identique.

B - La plénitude de compétence du juge non répressif en cas de voie de fait.

Qu'elle soit considérée comme "la folle du logis"³¹² ou, de manière plus orthodoxe, comme l'une des notions les "plus subtiles du droit administratif français"³¹³, la voie de fait constitue la seconde hypothèse de compétence générale du juge non répressif³¹⁴ pour apprécier lui-même la légalité des actes administratifs invoqués devant lui.

Cette solution est traditionnelle. Elle figurait déjà au rang des exceptions au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire en 1910 ainsi que cela ressort de l'arrêt Abbé Mignon du Tribunal des conflits : "les arrêtés pris par le maire, en exécution des dispositions législatives et réglementaires précitées, sont des actes administratifs soumis au contrôle de l'Administration et de la juridiction administrative et (...) à la différence des tribunaux correctionnels et de police, les tribunaux civils ne peuvent ni en apprécier la légalité ni faire échec à leur exécution ; mais il n'en est pas de même de l'ordre par lequel le maire, en dehors des termes d'un arrêté municipal pris sous ce double contrôle, prescrit l'emploi des cloches dans une circonstance déterminée ; un tel ordre n'a le caractère administratif que s'il peut se rattacher à l'une des circonstances limitativement énumérées où l'article 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 admet la possibilité de l'usage des cloches pour des sonneries civiles".

³¹² Selon l'expression imagée du professeur Chapus, *Droit Administratif général*, T I, 8ème éd., Montchrestien, 1994, n° 939.

³¹³ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit Administratif*, T I, 12ème éd., PUF, 1992, p. 140.

³¹⁴ La voie de fait joue logiquement également au profit du juge répressif mais la plénitude de compétence de ce dernier sur les questions de légalité en rend l'examen inutile à son égard.

Sans y faire référence explicitement, le Tribunal des conflits vise, en l'espèce, une voie de fait. Elle seule justifie que l'exception d'illégalité d'un acte administratif relève de la compétence d'un juge non répressif.

1 - L'exception d'illégalité et la voie de fait.

_____ "Le principe est la compétence pleine et entière du juge judiciaire, pour toutes les questions qui se posent au sujet des actes entachés de voie de fait"³¹⁵.

Cette affirmation appelle une distinction préalable au sein des cas de voie de fait. La plénitude de compétence du juge civil en matière d'exception d'illégalité ne se manifeste que lorsque la voie de fait résulte d'un acte administratif.

a - La voie de fait résultant d'un acte administratif.

Classiquement, la jurisprudence et la doctrine distinguent deux principales catégories de voies de fait. La première a trait aux mesures ayant porté une atteinte grave à la propriété privée ou à une liberté fondamentale et manifestement insusceptibles de se rattacher au pouvoir de l'administration dans le domaine en cause. La seconde correspond aux hypothèses où une mesure portant gravement atteinte à une liberté fondamentale ou au droit de propriété a fait l'objet d'une exécution forcée illégale.

Un acte administratif n'est à l'origine de la voie de fait que dans la première hypothèse. Dans la seconde, seule une opération matérielle est identifiable. Elle ne saurait donner lieu à une appréciation de légalité et donc nécessairement à une exception d'illégalité³¹⁶.

³¹⁵ M. Debary, *La voie de fait en droit administratif*, Thèse Paris, 1960, p. 19.

³¹⁶ Sauf en cas d'identification d'une décision administrative à son origine. Est alors en cause la première hypothèse.

Pour étudier la plénitude de compétence du juge civil sur les exceptions d'illégalité en cas de voie de fait, le champ de la recherche doit ainsi être restreint au cas où l'abus incriminé résulte d'un acte administratif.

b - La plénitude de compétence du juge non répressif.

C'est au juge judiciaire qu'il appartient d'apprécier les conséquences des voies de fait de l'administration. Mais pour se reconnaître compétent, il doit nécessairement établir l'existence d'une voie de fait et donc apprécier le degré d'illégalité des actes administratifs incriminés. Lui refuser ce pouvoir reviendrait, en pratique, à le priver de la détermination de sa propre compétence.

Comme auparavant pour le juge fiscal, c'est en considérant la mission du juge civil que l'on peut comprendre sa plénitude de juridiction. Cependant, si pour le premier c'est la compétence au principal qui était évidente puisqu'imposée par des lois, pour la voie de fait, c'est la compétence à l'égard des actes administratifs qui est claire, alors que doit être justifiée la compétence au principal du juge judiciaire en la matière³¹⁷.

Le doyen Vedel a parfaitement exposé le raisonnement : "Il n'y a aucune place, en matière de voie de fait, pour l'application de la théorie des questions préjudicielles dont la connaissance est réservée au juge administratif en vertu de la règle de séparation des autorités administrative et judiciaire"³¹⁸. En effet, "la simple existence d'une question préjudicielle dont la solution commanderait la reconnaissance ou la dénégation de la voie de fait établit que l'irrégularité n'est pas "manifeste". Par conséquent, sur ce terrain, ou bien le juge civil constate directement et de façon évidente l'impossibilité de rattacher l'acte incriminé à un texte législatif ou réglementaire, et la voie de fait est établie sans recours à une question préjudicielle ; ou bien le juge civil estime que l'irrégularité de l'acte suppose résolue une question

³¹⁷ V. infra, p. 131.

³¹⁸ G. Vedel, obs. sous Civ 1ère 8 juillet 1954, *JCP* 1955, II, 8674.

préjudicielle, et alors le caractère manifeste de l'irrégularité n'existe pas et le juge doit se déclarer totalement incompétent sans même pouvoir surseoir à statuer"³¹⁹.

De cette compétence pour statuer sur les exceptions "d'illégalité manifeste", il résulte, *a contrario*, que lorsque l'acte administratif, allégué être à l'origine d'une voie de fait, n'apparaît pas entaché d'une illégalité flagrante ou grossière, le juge civil ne peut que rejeter la requête en raison de son incompétence, puisque, par hypothèse, il ne se trouve pas confronté à une voie de fait.

Cela ressort de plusieurs arrêts. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle reconnu en 1956 que "l'ordre de réquisition émanant d'une autorité qualifiée et étant pris en application des textes susvisés, conservait son caractère d'acte administratif, malgré les irrégularités dont il pouvait être entaché, et en conséquence, l'autorité administrative seule, était compétente pour en apprécier la validité"³²⁰.

Pareillement, le Tribunal des conflits avait antérieurement affirmé que "l'arrêté par lequel le commissaire général aux questions juives a nommé un administrateur provisoire au domaine des Millets, a été pris en vertu des pouvoirs très généraux dont il est investi par les lois des 22 juillet et 17 novembre 1941 ; en admettant que cet acte fut entaché d'illégalité, cette circonstance ne serait pas de nature à le faire regarder comme une voie de fait ; la question de savoir s'il constitue un excès de pouvoir rentre exclusivement dans la compétence des tribunaux administratifs"³²¹.

En revanche, bien que le juge judiciaire ait compétence exclusive pour apprécier les conséquences de la voie de fait, le juge administratif et le Tribunal des conflits ont également qualité pour constater l'existence de celle-ci³²², puisqu'elle détermine la compétence juridictionnelle au fond.

³¹⁹ G. Vedel, obs. préc.

³²⁰ Civ 1ère 14 mai 1956, *Bull Civ*, I, n° 188.

³²¹ TC 8 juillet 1944, Hagueneau, p. 337 ; v. aussi TC 17 février 1947, Consorts Perrin, p. 501.

³²² V. par exemple, pour le juge administratif, CE Ass. . 18 novembre 1949, Carlier, p. 490, *S* 1950, 3, p. 49, note Drago ; *RDP* 1950, p. 172, concl. Gazier, note Waline ; CE Sect. 10 octobre 1969, Consorts Muselier, p. 432 ; *JCP* 1969, II, 16098, note P. L. ; *RDP* 1970, p. 29, concl. Braibant, *JCP* 1970, I, 2337, chr. de Lanversin ; et, pour le Tribunal des conflits: TC 27 juin 1966, Guigon, p. 830 ; TC 4 juillet 1991, Association "Maison des jeunes et de la culture Boris Vian", p. 468.

En outre, le Tribunal des conflits a estimé que le juge administratif est compétent, comme le juge civil, pour constater le caractère nul et non avenu des actes constitutifs de la voie de fait³²³. Cette solution semble s'expliquer par l'assimilation de ces actes à des actes inexistantes dont les juges des deux ordres peuvent constater la nullité³²⁴.

Il reste à noter que la compétence du juge civil, pour apprécier la légalité des actes administratifs à l'origine de la voie de fait, s'étend aussi bien aux actes individuels³²⁵ qu'aux actes réglementaires³²⁶.

Cependant, s'il a été précédemment démontré que c'est en raison de la nature même du contentieux de la voie de fait que le juge judiciaire est compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs qui y interviennent, il convient maintenant de justifier l'attribution de ce contentieux à l'autorité judiciaire.

2 - Le fondement de la compétence du juge civil en matière de voie de fait.

_____Il paraît trop pessimiste d'affirmer qu'en "réalité dépourvue de fondements juridiques sérieux, cette solution n'est que le résultat d'une "politique jurisprudentielle" conçue au nom de l'utilité sociale"³²⁷ ou de constater, désabusé, qu' "il n'y a là rien d'autre que le seul poids de la tradition"³²⁸.

En effet, deux fondements à l'attribution du contentieux de la voie de fait aux juridictions civiles ont pu être avancés. Si le premier, qui se réfère au principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles, n'est pas

³²³ V. TC 27 juin 1966, Guigon, préc. et, pour un exemple récent, CE 4 mai 1988, Plante, p. 695.

³²⁴ Sur les rapports entre voie de fait et inexistence, v. P. Le Mire, *Inexistence et voie de fait*, RDP 1978, p. 1219.

³²⁵ V. parmi une jurisprudence particulièrement fournie, TC 22 novembre 1951, Demoiselle Mireur, p. 647 ; TC 25 janvier 1993, Préfet de Haute Corse, DA 1993, n° 111.

³²⁶ Pour cette hypothèse, nécessairement plus rare, v. TC 30 octobre 1947, Barinstein, p. 511 ; D 1947, p. 476, note P-L J. ; JCP 1947, II, 3966, note Fréjaville ; RDP 1948, p. 86, note Waline ; S 1948, 3, p. 1, note Mathiot (arrêt dont il est aujourd'hui acquis qu'il concerne bien un cas de voie de fait).

³²⁷ A. Bockel, *La voie de fait : Mort et résurrection d'une notion discutable*, D 1970, chr., p. 29.

³²⁸ Concl. Fournier sur CE 9 juillet 1965, Voskresensky, AJDA 1965, p. 603.

satisfaisant, le second, qui analyse la voie de fait comme une dénaturation de l'action administrative, semble beaucoup plus pertinent.

a - Le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle.

Certains auteurs, se fondant en cela sur la jurisprudence, ont justifié la compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait par le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles. L'idée semble convaincante puisque la voie de fait, outre une illégalité manifeste, exige une atteinte grave à la liberté individuelle ou au droit de propriété.

Mais une raison décisive conduit à écarter ce fondement.

Le Conseil constitutionnel a exclu du champ d'application du principe allégué, et reproduit à l'article 66 de la Constitution, le droit de propriété³²⁹. Or, l'atteinte portée à celui-ci est très souvent invoquée comme constitutive d'une voie de fait.

La restriction du principe est importante. Bien que la valeur constitutionnelle du principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles ait été reconnue par le Conseil constitutionnel³³⁰, et permette, en matière de voie de fait constitutive d'une atteinte à une liberté autre que le droit de propriété, de déroger au principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel seul le juge administratif est compétent pour annuler les actes de la puissance publique, elle exclut cette justification lorsque la voie de fait se manifeste par une atteinte à la propriété³³¹.

³²⁹ V. CC Déc. 85-189 DC du 17 juillet 1985, p. 49.

³³⁰ V. CC Déc. 77-75 DC du 12 janvier 1977, GDCC, 7ème éd., Sirey, 1993, p 340.

³³¹ Par ailleurs, ne saurait être invoquée la possibilité reconnue en 1987 au législateur de créer des blocs de compétence, dérogatoires aux règles constitutionnelles, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice,

En outre, si le juge judiciaire était seul gardien des libertés individuelles, il serait illogique de ne lui réserver compétence qu'à l'égard des seules atteintes graves à ces libertés. Or, force est de constater que, bien souvent, le juge administratif, a compétence en la matière. Il n'est que de rappeler sa faculté, même en matière de voie de fait, de déclarer nuls et non avenue les actes administratifs en cause...

Ce n'est donc pas en raison du principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles que celle-ci est compétente en matière de voie de fait. Cette explication, qui ne couvre pas le cas d'une atteinte à la propriété, est insuffisante.

b - La dénaturation de l'action et de l'acte administratifs.

L'idée que le statut juridictionnel de la voie de fait se justifie par un abus caractérisé de ses pouvoirs par la puissance publique est communément admise en doctrine. Elle se retrouve sous la plume de divers auteurs.

Ainsi, Achille Mestre affirmait que "la séparation des pouvoirs trouve sa limite dans la nature même des pouvoirs de l'Administration. Lorsque celle-ci s'aventure au-delà des frontières qui lui sont assignées, elle agit à ses risques et périls, dont le premier est de perdre en ce cas son privilège de juridiction. En faisant irruption dans un domaine qui n'est pas le sien et qui est réservé à l'action des autres pouvoirs de l'État, elle cesse pour ainsi dire d'être elle-même. Les agissements auxquels elle se livre ne sont plus alors des opérations administratives : ce sont des voies de fait"³³² .

Le doyen Vedel, dans son étude de "la juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", exposait que "ce n'est pas au fond parce qu'il y a voie de fait que la règle de la séparation des autorités

car, d'une part, seul le législateur est investi de ce pouvoir alors que la théorie de la voie de fait est d'origine jurisprudentielle, et, d'autre part, l'indécence de l'argument d'une bonne administration de la justice est manifeste quand on sait le nombre de conflits élevés en la matière...

³³² A. Mestre, note sous TC 30 octobre 1947, Barinstein, S 1948, 3, p. 1.

administrative et judiciaire est sans application; c'est, de façon plus profonde, pour éviter d'appliquer la règle que l'on dit qu'il y a voie de fait"³³³. Selon ces auteurs, la dénaturation est donc une sanction infligée à une administration abusive.

Mais, plus souvent, elle est considérée comme entraînant par elle-même la modification des règles de compétence. Le doyen Vedel reconnaissait lui-même dans l'article précité qu' "à partir d'un certain degré d'irrégularité, privée de tout support légal, l'action des agents publics ne peut même plus se couvrir d'une apparence de légitimité et dégénère en un acte de pure force, sans justification possible, c'est-à-dire précisément en voie de fait. On dira donc que l'opération ainsi viciée n'a plus d'administratif que le nom ou le prétexte. Dès lors, rien plus ne fait obstacle à ce que les juridictions ordinaires en connaissent ; il n'y a pas dérogation à la règle de séparation, mais exacte application de celle-ci"³³⁴.

Cause ou conséquence de la compétence judiciaire, la théorie de la dénaturation a fait l'objet de diverses critiques qui, cependant, ne paraissent pas insurmontables.

Le Professeur Weil s'est étonné du faible champ d'action de cette théorie. "Si vraiment un acte très gravement illégal de l'Administration pouvait perdre son caractère administratif, on ne voit pas pourquoi il n'en serait ainsi que pour les actes portant atteinte à la propriété ou à la liberté, et non pour tous les actes de l'Administration quel que soit leur objet"³³⁵.

Il faut, cependant, admettre que la voie de fait sanctionne une irrégularité manifeste, c'est-à-dire non la simple violation de règles juridiques techniques, mais plutôt l'atteinte portée aux droits les plus fondamentaux. Car l'administration reste puissance publique lorsqu'elle omet une procédure, lorsqu'elle se trompe de fondement légal, etc... Il n'en va pas de même lorsqu'elle sort complètement de son

³³³ G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, 851.

³³⁴ G. Vedel, art. préc.

³³⁵ P. Weil, note sous CE 8 avril 1961, D 1961, p. 611.

rôle et bafoue les valeurs fondatrices d'un État démocratique. Seules donc, des atteintes graves aux libertés et au droit de propriété peuvent faire considérer qu'elle s'est dénaturée et ne jouit plus (ou ne doit plus jouir) de son privilège de juridiction.

Une autre critique a été formulée par Duez³³⁶. Il avouait ne pas comprendre "par quel mystère l'acte qui, par hypothèse, aurait perdu le caractère administratif, pourrait engager la responsabilité de l'Administration : c'est une inadmissible subtilité que de déclarer l'acte imputable à l'Administration tout en lui faisant perdre son caractère administratif". Mais ce n'est pas parce que la puissance publique change de juge qu'elle perd sa responsabilité dans l'affaire. Il serait, au contraire, paradoxal de considérer qu'elle n'est pas fautive et responsable parce qu'elle a commis des actes constitutifs de voie de fait...

Charles Einsenmann a, quant à lui, critiqué la théorie de la dénaturation au regard de la nature intrinsèque de l'acte à l'origine de la voie de fait. "Si l'on voulait bien se poser cette question, on ne pourrait pas manquer de reconnaître qu'en vérité, il est étatique de genre, et non privé, et administratif d'espèce, puisqu'il n'est ni législatif, ni juridictionnel, ni quoi que ce soit d'autre"³³⁷. La remarque paraît d'autant plus fondée que, depuis l'arrêt Guigon³³⁸, le Tribunal des conflits accorde le pouvoir de déclarer nul et non avenu l'acte en cause aussi bien au juge civil qu'au juge administratif.

Mais, cela a été noté, l'acte à l'origine de la voie de fait, par sa nature et son statut, a souvent été assimilé à un acte inexistant. Le professeur Le Mire a même pu démontrer que "tout acte dénaturé (c'est-à-dire inexistant) n'est pas constitutif de voie de fait, mais toute voie de fait correspond à l'exécution (dans le cadre d'une atteinte à une liberté publique fondamentale) d'un acte dénaturé"³³⁹.

Il semble alors que la dénaturation doive se combiner avec l'inexistence de l'acte. Si ce dernier peut être déclaré nul et non avenu par chacun des deux ordres

³³⁶ P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, p. 148.

³³⁷ C. Einsenmann, préface de la thèse de M. Debary, *La voie de fait en droit administratif*, Thèse Paris, 1960.

³³⁸ V. CE 13 juillet 1966, Guigon, p 476 ; D 1969, p 669, note Bertrand.

³³⁹ P. Le Mire, *Inexistence et voie de fait*, RDP 1978, p. 1219.

juridictionnels, c'est parce qu'il est, de par son illégalité grossière, inexistant. Mais comme cet acte a fait l'objet d'une exécution, les conséquences dommageables de celles-ci doivent être appréciées. Elles relèvent alors du juge judiciaire, parce qu'en appliquant l'acte inexistant, l'administration s'est dénaturée et ne saurait prétendre à son juge habituel.

La compétence du juge civil pour statuer sur les exceptions d'illégalité d'actes administratifs à l'origine de la voie de fait se justifie donc par l'inexistence de ceux-ci et par la dégénérescence de l'action administrative lors de leur application. Il est alors logique de considérer la voie de fait comme un cas de compétence du juge civil en matière de légalité administrative constituant moins une dérogation au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire qu'une application pure et simple de ce principe³⁴⁰. Si l'action de l'administration est dénaturée, le principe de séparation doit s'appliquer normalement au profit des juges civils.

Les hypothèses de compétence du juge judiciaire de l'action à l'égard des exceptions d'illégalité d'actes administratifs apparaissent, au terme de cette étude, peu nombreuses, mais solidement établies. Seule la détermination de leur fondement, au regard du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, soulève quelques difficultés, d'autant plus redoutables, semble-t-il, que la compétence du juge en question est large. Ainsi, ne peut-on guère justifier la compétence du juge répressif, alors que la compétence du juge non répressif, en matière fiscale et en cas de voie de fait, peut s'expliquer de manière satisfaisante.

Plus généralement, la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception", propre à la détermination de la compétence pour statuer sur les exceptions d'illégalité, n'est consacrée, avec rang de principe, qu'au profit des juridictions administratives, car les règles de répartition interne des compétences le permettent

³⁴⁰ V. la formule du doyen Vedel reproduite supra.

aisément, ainsi qu'au profit des juridictions répressives. En revanche, elle ne joue que très partiellement au sein des juridictions non répressives.

Elle témoigne, cependant, dans toutes ces hypothèses, de la profonde originalité de la compétence juridictionnelle pour statuer sur l'exception d'illégalité. Quoique moins évidente, l'originalité se révèle également lorsque, devant les juridictions non répressives, l'exception constitue, cas le plus fréquent, une question préjudicielle. Le juge de l'action n'est alors pas juge de l'exception.

CHAPITRE SECOND

LE JUGE DE L'ACTION, INCOMPÉTENT POUR STATUER SUR L'EXCEPTION

Affirmer que le juge de l'action n'est pas juge de l'exception, c'est reconnaître implicitement que celle-ci constitue pour lui une question préjudicielle. Cette dernière peut se définir, en effet, comme toute question accessoire à un litige principal mais dont la solution échappe à la compétence du juge qui en est saisi.

La saisine du juge compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité se fait alors par le biais d'un recours spécifique, le recours en appréciation de validité. Le moyen constitué par l'exception se transforme ainsi en recours autonome distinct mais complémentaire du recours principal. Il "peut être défini comme une voie de droit incidente par laquelle l'une des parties à une instance pendante devant la juridiction judiciaire est conduite à demander au juge administratif de se prononcer sur l'existence, la légalité ou le maintien en vigueur d'un acte administratif"³⁴¹.

³⁴¹ Chr. Gabolde, *Recours en appréciation de validité*, RDCA.

Bien qu'érigée en recours, l'exception d'illégalité renvoyée au juge administratif par le juge judiciaire ne saurait être assimilée à un classique recours en annulation. Doté d'une finalité particulière, permettre la solution d'un litige pendant, le recours en appréciation de validité obéit à un régime particulier. Même lorsqu'elle est appréciée par son juge naturel, l'exception d'illégalité présente encore des traits originaux au sein des instruments du respect du principe de légalité.

Avant de les présenter, il convient de définir le champ de notre étude.

Des questions préjudicielles de droit privé peuvent exister au sein de l'ordre judiciaire. Il en est ainsi lorsque l'un des juges qui composent cet ordre s'est vu attribuer une compétence exclusive³⁴². A cet égard, il convient de rappeler que, l'étude portant sur l'exception d'illégalité des actes administratifs, il ne sera pas question dans les développements ultérieurs de l'exception d'illégalité des actes de droit privé ou de droit international³⁴³. L'exclusion des premiers du champ de nos recherches est évidente. Celle des seconds n'est pas moins certaine mais appelle une mise au point terminologique.

En effet, les actes de droit international ne sauraient être assimilés à des actes administratifs, même si certains d'entre eux sont qualifiés de règlements. Il suffit de noter que, depuis la jurisprudence *Boisdet*³⁴⁴, les règlements communautaires bénéficient, dans l'ordre interne, d'une primauté sur les lois postérieures, ce qui conduit nécessairement à leur reconnaître une valeur supra-législative, incompatible avec la qualité d'acte administratif. Ne seront donc pas étudiés les mécanismes de renvoi de l'appréciation de la légalité des actes de droit international et, notamment, la procédure prévue à l'article 177 du Traité de Rome.

S'agissant des actes administratifs, il a été précédemment montré que leur exception d'illégalité ne constitue pas une question préjudicielle lorsqu'elle est

³⁴² Sur la question, v. H. Solus et R. Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, T. II, LGDJ 1973, n° 485.

³⁴³ Sur cette exclusion, v. *supra*, Introduction, p. 25.

³⁴⁴ V. CE 24 septembre 1990, *Boisdet*, p. 251 ; *AJDA* 1990, p. 863, chr. Honorat et Schwartz ; *LPA* 12 octobre 1990, concl. Laroque ; *RFDA* 1991, p. 172, note Dubouis ; *RGDIP* 1991, p. 964, note Rousseau.

soulevée devant un juge administratif. En revanche, en vertu du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, semblable exception devrait échapper à la compétence du juge judiciaire de l'action.

Toutefois, les développements antérieurs ont permis d'établir qu'à titre dérogatoire, l'exception d'illégalité des actes administratifs peut ne constituer qu'une question préalable pour le juge judiciaire. Il existe trois cas qui concernent, l'un, de manière générale, le juge répressif, les deux autres, le juge civil, lorsqu'il est saisi d'un litige fiscal ou d'une voie de fait.

En dehors de ces hypothèses, dont les fondements ne sont pas parfaitement évidents, le juge judiciaire³⁴⁵ doit toujours surseoir à statuer lorsqu'il est confronté incidemment à la légalité d'un acte administratif³⁴⁶.

Circonscrire le champ du jeu des questions préjudicielles ne suffit pas. Encore faut-il en analyser la mise en oeuvre. Elle est logiquement tributaire de la fonction qui leur est assignée au sein du système juridictionnel.

Cette fonction est double comme l'a démontré M. Flauss : "en tant que garantie processuelle du principe de la séparation des autorités, les questions préjudicielles participent à la régulation du partage des compétences juridictionnelles, en réalisant une collaboration entre juridictions administratives et judiciaires (...). Mais outre cette utilité première, les questions préjudicielles apparaissent comme un instrument de sauvegarde de la cohérence du droit français et de l'unité de l'ordre juridique français"³⁴⁷.

Constituant, avec l'existence du Tribunal des conflits, un élément du respect du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, les questions

³⁴⁵ Il est plus exact de préciser le "juge non répressif" tant la plénitude de juridiction du juge pénal à l'égard des exceptions d'illégalité est générale, du moins depuis la réforme du code pénal de 1992 ; v. supra, Chapitre I, p. 102 et s.

³⁴⁶ Sur la possibilité pour les juridictions suprêmes des deux ordres de saisir le Tribunal des conflits des difficultés de compétence sur des exceptions, v. art. 35 du décret du 26 octobre 1849, mod. par décret du 25 juillet 1960.

³⁴⁷ J-F. Flauss, *Questions préjudicielles*, RDCA, n° 21.

préjudicielles doivent nécessairement être soumises à des conditions et procédures assurant leur efficacité, tout en garantissant à chacun des juges intéressés le respect de ses prérogatives. Les rapports entre le juge de l'action et le juge du renvoi, chargé de statuer sur le recours en appréciation de validité, sont ainsi marqués par une indépendance dans l'interdépendance...

Il semble opportun, pour étudier le cas où le juge de l'action n'est pas juge de l'exception d'illégalité des actes administratifs, de présenter les hypothèses en cause avant de s'interroger sur les compétences respectives des deux juges concernés.

SECTION I - L' EXCEPTION D' ILLÉGALITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS, QUESTION PRÉJUDICIELLE.

Le juge répressif, saisi, au cours d'un procès, de l'exception d'illégalité d'un acte administratif, est pleinement compétent pour la trancher³⁴⁸ depuis la réforme du code pénal opérée par la loi du 22 juillet 1992, entrée en application le 1er mars 1994. Le mécanisme des questions préjudicielles de droit administratif devrait donc disparaître dans les affaires pénales. Les jurisprudences Avranches et Desmarets et Dame Le Roux ne présenteront plus à l'avenir qu'un intérêt historique. Toutefois, elles ont constitué une étape décisive de la longue évolution de l'état du droit. Elles méritent, à ce titre, quelques observations en ce qu'elles réservaient l'existence de questions préjudicielles.

Le juge civil, quant à lui, ne jouit qu'exceptionnellement d'une plénitude de compétence à l'égard des actes administratifs. Le principe est pour lui l'obligation de surseoir à statuer.

³⁴⁸ Sur ce point, v. supra Chapitre I, p. 102 et s.

§ I - LES ANCIENNES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES DE LÉGALITÉ DEVANT LE JUGE RÉPRESSIF.

Cela a été constaté précédemment, l'état du droit en matière d'exception d'illégalité des actes administratifs soulevée devant les juges répressifs était marqué, jusqu'à la réforme du code pénal, par l'antagonisme des positions du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation. Si ces deux juridictions s'accordaient pour admettre l'existence de questions préjudicielles administratives au cours de procès pénaux, elles s'opposaient quant aux hypothèses en cause.

Jusqu'en 1992 donc, le juge répressif de l'action n'était pas juge de toutes les exceptions d'illégalité. Sa compétence variait selon le juge qui la déterminait et était fonction de la nature de l'acte excipé d'illégalité.

A - L'exception d'illégalité des actes fondant les poursuites.

La notion d'acte fondant les poursuites s'identifie avec celle d'acte pénalement sanctionné. M. Lamarque en a donné une définition dans ses observations sous l'arrêt Canivet³⁴⁹ : "l'acte administratif qui sert de fondement à la poursuite devant le juge répressif est celui qui est source d'une incrimination et dont l'observation se trouve garantie directement par une sanction pénale. La violation de cet acte fonde l'action publique et l'application de la peine qui y est attachée".

Une autre hypothèse, décrite par les professeurs Auby et Drago³⁵⁰, concerne les actes administratifs constituant une "condition préalable" de l'infraction, comme par exemple, la légalité du décret de dissolution dans le cas d'une poursuite pénale de reconstitution de ligue dissoute³⁵¹.

³⁴⁹ J. Lamarque, obs. sous Crim. 1er juin 1967, *JCP* 1968, II, 15505.

³⁵⁰ R. Drago et J-M. Auby, *Le contentieux administratif*, T I, LGDJ 1984, n° 553.

³⁵¹ V. Crim. 30 mars 1971, Geismar, *GP* 1971, 2, J, p. 407.

A l'égard de tels actes, la compétence du juge répressif dépendait de leur caractère réglementaire ou individuel. Elle n'était toutefois incontestée qu'à l'égard des premiers.

1 - Une compétence incontestée à l'égard des règlements.

Le juge des conflits, par l'arrêt Avranches et Desmarets³⁵², et la Chambre criminelle par l'arrêt Dame Le Roux³⁵³, se sont accordés pour reconnaître qualité au juge répressif pour statuer sur l'exception d'illégalité des actes réglementaires servant de fondement aux poursuites.

Aux yeux du premier, le fondement de cette extension de la compétence du juge répressif réside dans le caractère réglementaire des actes en cause justifiant une plénitude de juridiction "sur tous les points d'où dépend l'application des peines".

Pour la seconde, le critère de cette compétence tiendrait dans les sanctions pénales attachées à l'acte. Le désir de ne pas faire dépendre le prononcé de telles sanctions d'une appréciation de légalité émanant d'un juge autre que le juge répressif justifie sa position.

L'accord pouvait donc se faire entre les deux juridictions. Il était cependant prévisible que la diversité des fondements les séparerait dans d'autres hypothèses.

2 - Une compétence controversée à l'égard des actes individuels.

Reprenant la distinction qu'il avait opérée en 1923 quant à l'interprétation par le juge civil des actes administratifs³⁵⁴, le Tribunal des conflits a estimé que l'appréciation de la légalité d'un acte individuel même pénalement sanctionné constituait une question préjudicielle pour le juge répressif.

³⁵² V. TC 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, *JCP* 1951, II, 6623, note Homont ; *RA* 1951, p. 492, note Liet-Vaux ; *S* 1952, 3, p. 1, note J-M. Auby.

³⁵³ V. Crim. 21 décembre 1961, *S* 1962, p. 89, rap. Costa ; *JCP* 1962, II, 12680, note Lamarque.

³⁵⁴ V. TC 16 juin 1923, Septfonds, p 498 ; *S* 1923, 3, p. 49, note Hauriou ; *D* 1924, 3, p. 41, concl. Matter.

Malgré ses lointaines origines³⁵⁵, la distinction qu'il opère ainsi selon la nature des actes en cause est regrettable. En effet, d'une part, la déclaration d'illégalité des actes individuels n'est pas plus susceptible de troubler les opérations des corps administratifs que celle des règlements, d'autre part, l'assimilation des règlements à la loi, si elle justifie le droit du juge pénal d'interpréter les premiers, n'implique certainement pas celui d'apprécier leur légalité³⁵⁶.

En dépit des critiques dont elle fit l'objet, la jurisprudence Avranches et Desmarets fut réaffirmée plusieurs fois par le Tribunal des conflits, aussi bien avant³⁵⁷, qu'après³⁵⁸ son rejet par la Cour de cassation.

Le sort de l'exception d'illégalité des actes individuels fondant les poursuites fut, en effet, différemment apprécié par la Chambre criminelle, toujours dans l'affaire Dame Le Roux.

Avant d'expliquer brièvement les raisons de l'impuissance du Tribunal des conflits à faire respecter sa jurisprudence par la Chambre criminelle, il convient de remarquer que cette dernière a paru marquer, toutefois, quelque hésitation au lendemain de la jurisprudence Avranches et Desmarets. Il est, ainsi, possible d'identifier des affaires dans lesquelles la Cour de cassation a semblé accepter la solution restrictive que voulait lui imposer le Tribunal des conflits.

M. Cohen³⁵⁹ cite, à ce sujet, l'arrêt du 22 février 1951³⁶⁰ selon lequel "le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, édicté par les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor de l'an III, interdit aux tribunaux répressifs de statuer sur la portée et l'interprétation d'un acte administratif individuel, lorsque ces questions sont préjudicielles à une décision sur des poursuites engagées devant eux ; ces tribunaux sont également incompétents pour apprécier, même d'une façon

³⁵⁵ V. supra, Chapitre I, p. 93 et s.

³⁵⁶ Sur leur exposé, v. supra, ibid.

³⁵⁷ V. TC 10 juillet 1956, Richert et TC 10 décembre 1956, Adnot, *JCP* 1957, II, 9750.

³⁵⁸ V. TC 6 novembre 1967, Préfet de Loir-et-cher c/ Coutanceau, *JCP* 1968, II, 15448, obs. Souty.

³⁵⁹ D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Économica, 1987, p. 109.

³⁶⁰ Rendu sur l'affaire opposant le docteur Zwillinger à l'Ordre des Médecins des Alpes maritimes, Crim. 22 février 1951, *Bull Crim*, n° 63.

indirecte, la légalité de décisions à l'égard desquelles le législateur a organisé des voies de recours spéciales". Mais cet arrêt n'est pas pertinent car, légèrement antérieur à l'arrêt Avranches et Desmarets, il ne saurait être classé parmi ceux qui l'appliquent. En outre, il a pu être montré³⁶¹, et cela ressort à la lecture de la décision, que le juge répressif sursoit à statuer dans l'espèce, non en vertu d'une incompétence générale à l'égard de certains actes individuels, mais en raison de l'existence d'une voie de recours spéciale, prévue par une ordonnance du 24 septembre 1945.

Si l'accord se fait entre la Chambre criminelle et le Tribunal des conflits cela tient simplement au fait que ce dernier avait lui-même réservé le cas d'un texte législatif contraire. Une opposition sur ce point aurait surpris.

Un autre arrêt a exclu la compétence du juge répressif à l'effet de contrôler les motifs d'un acte administratif individuel. Mais c'était reconnaître implicitement que tout autre vice de légalité pourrait se voir sanctionné par le juge pénal³⁶².

Enfin, un arrêt du 20 janvier 1960, affirme que "lorsqu'une contestation sérieuse s'élève sur la légalité d'un acte administratif individuel dont dépend la solution d'un procès, le juge de l'ordre judiciaire doit non seulement surseoir à statuer, mais encore, s'il y échet, renvoyer les parties à se pourvoir devant la juridiction administrative compétente"³⁶³. Il semble effectivement marquer un infléchissement de la position de la Cour de cassation. Cependant, outre qu'un tel phénomène aurait été étrange après dix années d'implicite opposition, et à quelques mois de sa manifestation formelle par la jurisprudence Le Roux, il convient de noter que le juge concerné était la Chambre des mises en accusation d'une Cour d'appel. Or, le régime de la question préjudicielle devant les juridictions d'instruction a toujours suscité des controverses doctrinales³⁶⁴. Il ne nous appartient pas de les

³⁶¹ V. A. Homont, *JCP* 1951, II, 6623.

³⁶² V. Crim. 25 mai 1956, *Bull Crim*, n° 395.

³⁶³ V. Crim. 20 janvier 1960, *Bull Crim*, n° 60.

³⁶⁴ V. par exemple, G. Stéfani, G. Levasseur et B. Boulloc, *Procédure pénale*, 14ème éd., Dalloz, 1990, n° 437 et v. Richard, *L'exception d'illégalité devant le juge d'instruction*, *GP* 1953, II, doct., p. 1. Sur l'impossibilité

trancher mais leur seule existence suffit à interdire de généraliser la solution de l'arrêt.

Au surplus, selon le conseiller Costa, qui rapportait dans l'affaire, l'absence de sanction pénale attachée directement à l'acte individuel en cause pouvait expliquer l'obligation de surseoir à statuer. Or, cela a été constaté³⁶⁵, le juge répressif, avant la jurisprudence *Le Roux*, ne distinguait pas les actes selon qu'ils étaient ou non pénalement sanctionnés...

Force est donc de ne pas exagérer la signification de la décision du 20 janvier 1960, qui est, par ailleurs, restée sans postérité.

La reconnaissance d'une question préjudicielle dans l'exception d'illégalité d'un acte administratif individuel, voulue en 1951 par le Tribunal des conflits, n'a pas été acceptée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. L'absence d'autorité absolue de la chose jugée par le Tribunal peut expliquer cette situation regrettable. Elle constitue, néanmoins, une mise en échec de "l'autorité morale qui s'attache aux décisions"³⁶⁶ du juge des compétences.

Le seul désir de braver la volonté de celui-ci n'explique pas la position de la Cour de cassation. En effet, elle n'aurait pas perduré si le mécanisme du conflit positif s'était montré efficace en la matière. Curieusement, non seulement il ne servit qu'une seule fois, mais encore, sacrifiant à la rigueur juridique, le Tribunal des conflits ne profita pas de l'occasion pour imposer sa vision. Il constata qu'en l'espèce, la question objet de la procédure de conflit n'était pas nécessaire à la solution du litige³⁶⁷.

d'élever le conflit devant une juridiction d'instruction, v. TC 6 octobre 1989, Préfet de la Région PACA, p. 295 ; *AJDA* 1989, p. 768, chr. Honorat et Baptiste.

³⁶⁵ V. supra, Chapitre I, p. 85 et s.

³⁶⁶ R. Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, 1ère éd., Montchrestien 1981, n° 1161.

³⁶⁷ V. TC 25 novembre 1963, Préfet des Ardennes, p. 972 ; *AJDA* 1964, p. 170, obs. Moreau.

La Chambre criminelle, grâce au jeu combiné de la négligence des préfets, seuls détenteurs du pouvoir d'élever le conflit, et de la relative faiblesse du Tribunal des conflits, put donc maintenir jusqu'en 1992 sa dissidence.

Refusant de distinguer entre les actes individuels et les règlements, elle préférait s'attacher à l'existence ou l'absence de sanctions pénales attachées à l'acte.

B - L'exception d'illégalité des actes soutenant la défense.

Un acte administratif intervenant dans un procès pénal ne fonde pas nécessairement les poursuites exercées, il peut également et inversement constituer l'un des moyens de défense du justiciable.

"Lorsque le prévenu invoque l'acte administratif à titre de fait justificatif, il n'excipe pas de son illégalité (...). Son illégalité est un moyen au service de l'action publique ; en déclarant l'acte illégal, le juge écarte, par là-même, le fait justificatif"³⁶⁸.

La qualité du juge répressif pour apprécier la légalité des actes administratifs invoqués au soutien de la défense diffère encore selon leur caractère réglementaire ou non. Cette fois, pourtant, si l'accord s'est fait entre le Tribunal des conflits et la Chambre criminelle quant aux actes individuels, la compétence du juge de l'action est controversée à l'égard des règlements.

1 - Une compétence controversée à l'égard des règlements.

Le fondement donné par le juge des conflits à la compétence des juridictions répressives pour statuer sur les exceptions d'illégalité des règlements pénalement sanctionnés ne pouvait que le conduire à leur reconnaître une compétence identique à l'égard des mêmes actes invoqués au soutien de la défense. Dans un cas comme

³⁶⁸ J. Lamarque, obs. préc.

dans l'autre, le principe de séparation des autorités s'efface derrière la plénitude de juridiction du juge pénal consacrée à l'égard des actes réglementaires.

Fort logiquement, le critère de compétence mis en oeuvre par la Chambre criminelle portant, quant à lui, sur le caractère pénalement ou non sanctionné de l'acte excipé d'illégalité, devait la conduire à renvoyer la question au juge administratif, créant de la sorte un second cas de désaccord avec la jurisprudence du Tribunal des conflits.

La solution de l'arrêt Dame Le Roux est, au regard d'une analyse purement théorique, en retrait sur la jurisprudence criminelle antérieure³⁶⁹. En effet, auparavant le juge répressif, pour retenir sa compétence sur les actes excipés d'illégalité, n'exigeait pas qu'ils fussent pénalement sanctionnés.

Mais l'infléchissement théorique n'a guère eu de portée pratique : rares sont les arrêts où, faute de sanctions pénales attachées à l'acte, le juge pénal se résigne à surseoir à statuer jusqu'à la résolution de l'exception d'illégalité par le juge administratif.

Cela s'explique aisément. Il est difficile, dans un procès pénal, qu'un acte administratif puisse, tout à la fois, en conditionner l'issue sans être pour autant assorti lui-même de sanction pénale.

Ainsi, la Cour de cassation a souvent rejeté comme inopérante l'exception d'illégalité d'un acte administratif non sanctionné pénalement en lui déniait toute influence sur la solution à rendre. L'affaire Sordoillet du 23 juillet 1975³⁷⁰ est, à cet égard, exemplaire. Le prévenu invoquait pour sa défense l'illégalité du refus de dérogation à une obligation légale pénalement sanctionnée. Mais la Chambre criminelle a écarté cette exception au motif que l'illégalité du refus de dérogation n'aurait pas empêché la condamnation de l'intéressé puisque le seul fait objectif de violation de l'obligation justifiait la sanction pénale.

³⁶⁹ V. supra, Chapitre I, p. 85 et s.

³⁷⁰ V. Crim. 23 juillet 1975, *Bull Crim*, n° 192 ; D 1975, IR, p. 213.

De la même manière, elle avait écarté en mars 1974, les exceptions d'illégalité d'actes individuels non pénalement sanctionnés, au motif que ces actes faisaient simplement application d'un règlement antérieur, lui-même fondement des poursuites. L'absence d'influence sur le procès de l'illégalité des actes ultérieurs à celui dont la violation était poursuivie ne pouvait que conduire à une déclaration d'inopérance du moyen.

Ces deux affaires témoignent de la rareté des cas où l'exception d'illégalité d'un acte administratif doit constituer, en application de la jurisprudence Le Roux, une question préjudicielle. Le plus souvent, soit l'acte en cause n'a aucune influence sur le procès en cours et aucun juge n'a à apprécier sa légalité, soit il est lui-même pénalement sanctionné et implique plénitude de compétence du juge répressif.

Force est alors de constater que la jurisprudence criminelle ne semble pas offrir d'illustration jurisprudentielle de la catégorie. Un dépouillement attentif du Bulletin des arrêts de la Chambre Criminelle de la Cour de cassation fait apparaître que celle-ci n'a jamais eu l'occasion de renvoyer au juge administratif l'appréciation de la légalité d'un règlement invoqué comme moyen de défense.

Il existe, cependant, des cas où, bien que conditionnant la solution du litige, l'acte n'est pourtant pas le fondement du procès. Les quelques exemples jurisprudentiels à présenter ne concernent, toutefois, que des actes individuels.

2 - Une incompétence incontestée à l'égard des actes individuels.

Malgré leur différence de mode de raisonnement, le Tribunal des conflits et la Chambre criminelle s'accordaient, avant la réforme du code pénal, pour dénier au juge répressif toute compétence à l'égard des actes individuels invoqués au soutien de la défense.

Ce refus se justifiait, pour l'un, par la nature non réglementaire des actes en cause, pour l'autre, par l'absence de peine les sanctionnant.

Ainsi, “en restreignant, cette compétence aux actes “assortis d’une sanction pénale”, la Cour de cassation interdit pratiquement aux tribunaux d’apprécier la légalité d’un acte administratif, réglementaire ou individuel, qui sert de défense lorsque cet acte est un fait justificatif (...) qui, à ce titre, est insusceptible d’être pénalement sanctionné”³⁷¹.

Quelques arrêts illustrent l’auto-limitation du juge pénal.

Une première, et quantitativement importante, catégorie d’affaires concerne la répression du délit d’entrave à l’exercice régulier des fonctions de délégué du personnel dans une entreprise. L’illégalité du refus de licenciement³⁷² ou, au contraire, de l’autorisation de licenciement³⁷³ d’un délégué du personnel doit être appréciée par le juge administratif, faute pour cet acte d’être pénalement sanctionné.

Constitue pareillement une question préjudicielle pour le juge pénal, l’exception d’illégalité d’un décret autorisant un contribuable à se constituer partie civile, en vertu de l’article L 316-5 du code des communes³⁷⁴, celle d’un permis de construire à l’occasion de poursuites pour infraction au code de l’urbanisme³⁷⁵, celle d’une hypothétique autorisation de transfert d’un débit de boisson en zone protégée³⁷⁶, ou celle de la régularité de la constitution d’un syndicat d’initiative³⁷⁷.

Ce dernier arrêt a permis à la Chambre criminelle de réaffirmer très clairement, en en détaillant également les conséquences, la solution de l’arrêt Dame Le Roux : “ ...mais ce devoir des juges répressifs ne va pas jusqu’à leur conférer le pouvoir d’apprécier la légalité d’un acte administratif individuel qui n’est pas lui-même pénalement sanctionné alors même que de sa légalité dépend la solution d’un procès ; dans ce cas le juge de l’ordre judiciaire doit non seulement surseoir à statuer, mais encore, s’il y échet, renvoyer les parties à se pourvoir devant la

³⁷¹ J. Lamarque, obs. sous Crim. 1er juin 1967, *JCP* 1968, II, 15505.

³⁷² V. Crim. 5 décembre 1989, *DA* 1990, n° 335.

³⁷³ V. Crim. 8 février 1983, *Bull Crim*, n° 47.

³⁷⁴ V. Crim. 12 mai 1992, *Bull Crim*, n° 186.

³⁷⁵ V. Crim. 30 juin 1981, *Bull Crim*, n° 226.

³⁷⁶ V. Crim. 1er juin 1967, *Bull Crim*, n° 172, *JCP* 1968, II, 15505, obs. Lamarque.

³⁷⁷ V. Crim. 27 octobre 1966, *Bull Crim*, n° 241.

juridiction administrative compétente ou même, s'il s'agit d'un recours en appréciation de validité qui devrait être porté devant cette juridiction, lui renvoyer expressément le jugement de cette contestation".

La double distinction présentée entre les actes servant de fondement aux poursuites et les actes invoqués comme moyen de défense, et entre les règlements et les actes non réglementaires, suffisait à présenter l'état du droit, précédant l'article 111-5 du nouveau code pénal, jusqu'en 1980. A cette date, deux affaires firent apparaître l'insuffisance de ces catégories.

Au cours d'un procès pénal, un acte ne servant ni de fondement aux poursuites, ni de moyen de défense peut également être excipé d'illégalité.

C - L'exception d'illégalité des actes non invoqués comme fondement des poursuites ou comme moyen de défense.

Il est une catégorie particulière de questions préjudicielles en matière d'illégalité des actes administratifs. Il s'agit des exceptions portant non sur les actes en cause dans le procès lui-même mais sur les actes administratifs individuels ou réglementaires organisant la juridiction répressive saisie. De tels actes ne peuvent être qualifiés ni de fondement des poursuites ni de moyen de défense. La jurisprudence du Tribunal des conflits comme celle de la Chambre criminelle ne permettaient donc pas de résoudre la difficulté tenant à la détermination du juge compétent.

Un élargissement du débat était nécessaire. Il se produisit grâce à deux affaires soumises à la Cour de cassation en 1980.

Par un arrêt du 26 novembre 1980, elle s'est prononcée pour l'obligation de renvoyer semblables exceptions d'illégalité au juge administratif : "les opérations par lesquelles le préfet notifie à chacun des jurés l'extrait de la liste de session le

concernant, constituent des actes administratifs dont le contrôle échappe à la Cour de cassation³⁷⁸.

La solution n'est guère surprenante puisqu'elle est compatible avec la volonté de la Cour de limiter la compétence du juge répressif aux seuls actes pénalement sanctionnés. Bien que déterminant la composition d'une juridiction appelée à se prononcer sur des poursuites pénales, les actes en cause ne pouvaient pas être assimilés à des actes pénalement sanctionnés. Ainsi, sauf à ranger leur exception d'illégalité sous une catégorie nouvelle, liée à leur spécificité, il convenait de les associer, au moins quant au régime, aux exceptions d'illégalité des actes invoqués comme moyen de défense, auxquels ils s'identifient par leur caractère non pénalement sanctionnés.

Il est, cependant, intéressant de noter que la Chambre criminelle a ainsi tranché elle-même une question qu'elle avait soumise, quelques mois plus tôt, au Tribunal des conflits et que celui-ci devait étudier moins de trois semaines après, dans l'arrêt Tauhiro³⁷⁹. La différence de comportement tenait sans doute à la différence de nature des actes en cause. Dans l'affaire précédente était critiqué un acte individuel ; dans l'affaire Tauhiro l'exception d'égalité portait sur un règlement.

Une éventuelle contrariété d'appréciation pouvait alors se faire jour entre les deux juridictions puisque le juge des conflits avait semblé accorder la plus large compétence au juge pénal pour statuer sur la légalité des règlements en 1951. La bonne volonté de la Chambre criminelle dans l'affaire Tauhiro s'explique peut-être par le fait qu'elle n'avait rien à perdre à saisir le Tribunal. Ce dernier pouvait reconnaître la compétence du juge répressif quand sa propre jurisprudence l'aurait conduite à la décliner.

Cet espoir fut vain. Par l'arrêt Tauhiro, le juge des conflits, saisi de la détermination du juge capable d'apprécier la légalité d'un décret de 1933 portant

³⁷⁸ V. Crim. 26 novembre 1980, *Bull Crim*, n° 319.

³⁷⁹ V. TC 15 décembre 1980, Tauhiro, *D* 1981, IR, p. 109, obs. P. Delvolvé.

organisation de la Cour criminelle de Polynésie française, et fixant notamment le mode de désignation de ses assesseurs³⁸⁰, a estimé qu'une telle question relevait de la compétence exclusive des juridictions administratives. Il s'est fondé sur le fait "que ces dispositions réglementaires ne servent pas de fondement à la poursuite pénale et qu'elles sont relatives non à l'exercice de la fonction juridictionnelle, mais à l'organisation même du service public de la justice dans les établissements français de l'Océanie".

Le Tribunal des conflits a donc admis la spécificité des exceptions d'illégalité portant sur les actes organisant les juridictions répressives.

La plénitude de juridiction n'était alors consacrée qu'à l'égard des actes réglementaires et seulement dans la mesure où de leur légalité dépendait l'application des peines. Ce n'est pas le cas des actes gouvernant la composition des juridictions.

A leur égard joue, en outre, le principe selon lequel le juge administratif est compétent pour statuer sur les litiges relatifs à l'organisation du service public de la justice. Noté par le juge, ce second argument ne pouvait qu'inciter encore à refuser une lecture littérale de l'arrêt de 1951.

Le Tribunal des conflits a interprété l'arrêt Avranches et Desmarets comme n'excluant pas, en matière de règlements, l'incompétence du juge pénal, dès lors que ces règlements ne sont ni le fondement des poursuites ni invoqués comme moyen de défense. Sa décision "paraît irréfutable, puisque la compétence du juge pénal en matière d'appréciation de légalité des actes administratifs est étroitement associée à la détermination de l'infraction : elle ne peut aller au-delà. La solution n'est d'ailleurs pas nouvelle puisqu'elle était déjà énoncée dans l'arrêt Avranches et Desmarets. Il était utile de la rappeler"³⁸¹.

³⁸⁰ Pour le texte de l'arrêt de renvoi devant le Tribunal des conflits, v. Crim. 18 mars 1980, *Bull Crim*, n° 94.

³⁸¹ P. Delvolvé, obs. préc.

Dès le 15 juin 1982, dans une affaire Milone, la Chambre criminelle réaffirma que “l’appréciation de la légalité des actes administratifs individuels touchant à l’administration de la justice, et qui ne sont pas pénalement sanctionnés, ne relève pas du juge répressif de l’ordre judiciaire”. Cependant, l’acte excipé d’illégalité en l’espèce était une nomination pour ordre. Or, celles-ci sont des actes inexistants pour lesquels les juridictions judiciaires ont traditionnellement compétence à l’effet d’en constater la nullité...

Tel était l’état du droit, subtil et contrasté, concernant les questions préjudicielles d’appréciation de la légalité des actes administratifs en matière pénale. L’attribution d’une compétence pleine et entière au juge répressif, effective à compter du 1er mars 1994, a mis un terme aux divergences existant entre le Tribunal des conflits et la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Elle marque aussi l’aboutissement d’un lent processus de réduction du domaine des questions préjudicielles en la matière.

Elle n’en laisse pas moins une interrogation en suspens³⁸². L’article 111-5 attribue, en effet, plénitude de juridiction aux juridictions pénales à l’égard des exceptions d’illégalité d’actes administratifs lorsque de leur examen “dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis”. L’issue du procès s’identifie-t-elle à l’application des peines à laquelle se réfère la jurisprudence Avranches et Desmarests ?

Si tel devait être le cas, cela exclurait de la plénitude de compétence le cas des exceptions visant les actes organisant ces juridictions. La jurisprudence Tauhiro devrait alors perdurer. Il semble cependant que la formule du législateur soit plus large et permette d’englober également les actes visés. La compétence du juge répressif serait, en ce cas, pleinement reconnue.

³⁸² V. R. Chapus, *Droit administratif Général*, T. I, 8ème éd., Montchrestien, 1994, n° 976.

La place du juge non répressif est moins enviable : il doit encore surseoir à statuer pour la plupart des exceptions d'illégalité soulevées au cours des litiges dont il est saisi³⁸³.

§ 2 - LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES DE LÉGALITÉ DEVANT LE JUGE NON RÉPRESSIF.

La situation devant le juge civil présente un contraste remarquable avec celle qui vient d'être présentée. A la guerre de tranchées s'oppose une sereine et réfléchie collaboration des juges. La docile soumission des Chambres civiles de la Cour de cassation est principalement responsable de cet état de fait. Elles ont accepté le principe posé par le Tribunal des conflits qui leur dénie pourtant, sauf exceptions précédemment exposées, toute compétence pour apprécier la légalité des actes administratifs. En vertu de l'arrêt Septfonds, le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, devant le juge civil, l'emporte indiscutablement sur la maxime "le juge de l'action est juge de l'exception".

A - La jurisprudence Septfonds.

L'arrêt Septfonds, rendu le 16 juin 1923 par le Tribunal des conflits, a posé le principe de l'incompétence générale des juridictions civiles à l'égard des exceptions d'illégalité d'actes administratifs. Les intéressées l'ont accueilli favorablement et l'appliquent avec la plus stricte rigueur.

1 - La reconnaissance du principe d'incompétence du juge non répressif.

³⁸³ Pour les hypothèses de plénitude de juridiction du juge civil, v. supra, Chapitre I, p. 119 et s.

Bien que très tôt formulé par le Tribunal des conflits, et immédiatement appliqué par les juridictions civiles, le principe en cause fût considéré en 1923 comme une révolution juridique. En effet, l'état du droit antérieur était caractérisé par une succession de revirements jurisprudentiels, trahissant autant d'hésitations, de la Cour de cassation.

a - Les hésitations jurisprudentielles antérieures à l'arrêt Septfonds.

Au début du 19^{ème} siècle, stimulée par les audaces de sa formation criminelle, la Cour de cassation proclama, en matière civile, la compétence des juridictions inférieures à l'effet d'apprécier la légalité des règlements administratifs. Dès 1825, elle a ainsi ouvert la voie à l'égard des règlements municipaux³⁸⁴ et fut immédiatement suivie par les juridictions inférieures qui étendirent la solution aux ordonnances royales. La plus fameuse décision en ce sens est sans nul doute le jugement du Tribunal de commerce de la Seine³⁸⁵, rendu au coeur de la révolution de juillet, et refusant d'appliquer l'ordonnance royale sur la presse, de quelques jours antérieure.

Curieusement, ces coups d'éclat n'eurent qu'une portée éphémère. Dès 1838, opérant un revirement, la Chambre civile dénia aux juges inférieurs jusqu'au pouvoir d'interpréter les actes réglementaires³⁸⁶.

Il s'ensuivit une longue et obscure période qui ne prit fin qu'avec la III^{ème} République par un arrêt de 1876³⁸⁷, revenant à la solution de 1825. En 1883, la Chambre civile, reprenant la distinction de Merlin entre les actes individuels et les actes réglementaires, affirma l'incompétence des juges à l'égard de la légalité des premiers³⁸⁸ et leur compétence pour celle des seconds³⁸⁹.

³⁸⁴ V. Civ. 22 février 1825, S 1825, I, p. 54.

³⁸⁵ V. Trib. Com. Seine 28 juillet 1830, S 1830, 2, p. 223 et v. aussi, auparavant, Nancy 26 juillet 1827, *Jur. Gén. Dz*, v^o Compétence administrative, n^o 498.

³⁸⁶ V. Civ. 6 mars 1838, *Jur. Gén. Dz*, v^o Compétence administrative, n^o 264.

³⁸⁷ V. Civ. 11 décembre 1876, S 1877, I, p. 113.

³⁸⁸ V. Civ. 19 juin 1883, *DP* 1884, I, p. 112, concl. Desjardins.

L'état du droit devait encore être bouleversé par un arrêt du 7 février 1910 dont le contenu, l'obligation de surseoir à statuer en cas d'exception d'illégalité des règlements, devait susciter des réactions doctrinales contradictoires³⁹⁰.

La Chambre civile changea une nouvelle et dernière fois de position par un arrêt dépourvu d'ambiguïté du 24 octobre 1917. Il y est affirmé que "les règlements du 31 mai 1862 et du 8 août 1878 ne constituent pas des actes administratifs spéciaux et individuels, dont l'interprétation échappe à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, mais des dispositions générales rendues en vertu du pouvoir réglementaire de l'Administration, qui participent ainsi du caractère de la loi ; il appartient, dès lors, à l'autorité judiciaire, non seulement d'en faire l'application quand leurs dispositions sont claires et précises, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le sens lorsque cette appréciation est nécessaire pour la solution d'un litige dont elle a été compétemment saisie".

Question préjudicielle lorsqu'elle vise un acte individuel, l'exception d'illégalité constitue, au contraire, une question préalable à l'égard d'un règlement. C'est à cette position claire et simple³⁹¹ que s'attacha la Chambre civile jusqu'à l'intervention de l'arrêt Septfonds³⁹².

b - Le coup d'arrêt de l'arrêt Septfonds.

Hormis l'arrêt Marquigny³⁹³, qui n'avait porté que sur le cas du juge pénal, le Tribunal des conflits, avait, dès le 4 juin 1910, dans l'affaire Abbé Mignon, énoncé

³⁸⁹ V. Req 7 juillet 1884, S 1885, I, p. 443. L'incompétence du juge civil pour statuer sur les exceptions d'illégalité des actes individuels ne fut plus contestée par la suite, v. par exemple, Civ. 28 janvier 1902, S 1903, I, p. 10 ; Req 1 mars 1905, S 1910, I, p. 127 ; Civ. 11 et 18 décembre 1911, DP 1913, I, p. 302 ; Civ. 14 janvier 1922, S 1922, I, p. 241, note Duguit ; DP 1923, I, p. 149.

³⁹⁰ V. Req 7 février 1910, DP 1911, I, p. 126 ; S 1912, I, p. 505, concl. Feuilletoy, note (favorable) Appert, et v., pour une critique de la solution, Duguit, S 1918-1919, I, p. 73.

³⁹¹ Qui, fait remarquable, fut ensuite celle du Tribunal des conflits pour la détermination de la compétence sur les exceptions d'illégalité devant le juge répressif.

³⁹² V. par exemple, Req 9 novembre 1921, DP 1923, I, p. 149 ; Civ. 9 novembre 1921, S 1922, I, p. 241, note Duguit ; DP 1923, I, p. 149 ; Civ. 13 février 1923, S 1923, I, p. 132.

³⁹³ V. TC 5 novembre 1881, S 1881, 3, p. 81.

que, sauf voie de fait, le juge civil n'avait pas le pouvoir d'apprécier la légalité d'actes réglementaires.

“Les arrêtés pris par le maire, en exécution des dispositions législatives et réglementaires précitées, sont des actes administratifs soumis au contrôle de l'Administration et de la juridiction administrative, et, à la différence des tribunaux correctionnels et de police, les tribunaux civils ne peuvent ni en apprécier la légalité ni faire échec à leur exécution ; mais il n'en est pas de même de l'ordre par lequel le maire, en dehors des termes d'un arrêté municipal pris sous ce double contrôle, prescrit l'emploi des cloches dans une circonstance déterminée ; un tel ordre n'a le caractère administratif que s'il peut se rattacher à l'une des circonstances limitativement énumérées où l'article 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 admet la possibilité de l'usage des cloches pour des sonneries civiles”³⁹⁴.

Bien qu'énonçant une position identique à celle de l'arrêt Septfonds, l'arrêt Abbé Mignon ne passa pas à la postérité. Il le doit à sa formulation moins générale.

“Si l'arrêté interministériel du 31 mars 1915 (...) constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane, et si, dès lors, à ce titre, il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire, et, à ce dernier titre les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis”³⁹⁵.

C'est reconnaître que l'appréciation de la légalité des règlements constitue pour le juge civil une question préjudicielle, car, s'il peut être compétent pour interpréter ces actes, comme il l'est pour interpréter les lois, il ne saurait statuer sur leur légalité. En effet, le principe de séparation des pouvoirs interdit qu'il apprécie la

³⁹⁴ TC 4 juin 1910, Abbé Mignon, p. 442 ; v. aussi TC 22 avril 1910, Préfet de la Côte d'Or c/ Abbé Piment, S 1910, 3, p. 129.

³⁹⁵ V. TC 16 juin 1923, S 1923, 3, p. 49, note Hauriou ; DP 1924, 3, p. 41, concl. Matter.

constitutionnalité des lois et, par le biais de sa conséquence en matière de séparation des autorités administrative et judiciaire, qu'il empiète sur la compétence des juges administratifs. Le fondement théorique de la jurisprudence Septfonds devant être examiné ultérieurement qu'il nous suffise ici d'ajouter que le Tribunal des conflits l'a confirmée depuis 1923.

Ainsi, par exemple, dans un arrêt Richert : "la solution du litige qui oppose la Régie à un de ses agents ne soulève aucune difficulté relative soit à la validité d'un règlement administratif, soit à l'interprétation ou à la légalité d'une décision administrative individuelle ; par suite, les tribunaux judiciaires ne se trouvent pas en présence d'une question préjudicielle dont ils devraient renvoyer le jugement à la juridiction administrative"³⁹⁶.

De nombreuses autres décisions pourraient être citées déclarant question préjudicielle l'exception d'illégalité d'un acte administratif individuel³⁹⁷ ou réglementaire³⁹⁸.

2 - L'application du principe d'incompétence par le juge non répressif.

Comparée aux audaces de la Chambre criminelle, la jurisprudence civile relative aux questions préjudicielles en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs peut sembler bien pusillanime.

M. Cohen reproche ainsi aux "arrêts des Chambres civiles, en matière de séparation des pouvoirs [de sembler] défier le temps. A deux siècles des lois révolutionnaires, ces arrêts continuent, à donner une interprétation simpliste du principe, en totale harmonie avec les conceptions énoncées à l'aube du 19ème

³⁹⁶ TC 10 juillet 1956, Richert, *JCP* 1957, II, 9750, où est également reproduit l'arrêt Adnot, TC 10 décembre 1956, *AJDA* 1957, II, p. 42.

³⁹⁷ V. TC 14 janvier 1939, *S* 1939, 3, p. 57, note L'Huillier ; TC 20 mars 1943, Société béthunoise d'éclairage et d'énergie, p. 322 ; TC 30 octobre 1947, Lauze, p. 510 ; TC 3 décembre 1979, Fentrouci, p. 579 ; TC 2 décembre 1991, COFACE, *D* 1992, J, p. 237, concl. Abraham.

³⁹⁸ V. TC 14 novembre 1938, Baudéan, *DP* 1938, 3, p. 69 ; TC 21 janvier 1985, Commissaire de la République de la Région des Pays de la Loire, *RDP* 1986, p. 1487 ; TC 22 juin 1992, Abella, p. 488 ; TC 12 octobre 1992, Syndicat CGT d'EDF, p. 490.

siècle. Les tenants du sophisme selon lequel “juger l’Administration c’est encore administrer” ne l’auraient pas reniée”³⁹⁹.

Critiquant le “classicisme rigide” des Chambres civiles, l’auteur fustige également la jurisprudence de la Chambre sociale qui “semble une caricature des Chambres civiles et commerciales. On y reconnaît pour l’essentiel les mêmes traits, mais plus accusés. Le traditionalisme y est quelquefois poussé à son comble”⁴⁰⁰.

Peut-on, cependant, reprocher à une juridiction la rigueur avec laquelle elle fait respecter une règle de droit ? Peut-on souhaiter qu’au gré des espèces ou des circonstances, les principes juridiques changent ? Comment, surtout, prôner une plus grande compétence du juge civil à l’égard des exceptions d’illégalité d’actes administratifs, quand, dans le même temps, on s’avoue impuissant à justifier les libertés prises par le juge pénal avec le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire ?

Certaines conséquences néfastes de ce principe pourraient être abandonnées mais il ne saurait être sérieusement proposé d’y déroger de manière prétorienne, qui plus est, sans formulation claire d’un nouvel état du droit.

Il est exact que les Chambres civiles et sociale de la Cour de cassation ont fait preuve de discipline dans le respect du principe d’incompétence du juge non répressif à l’égard des exceptions d’illégalité d’actes administratifs. Dans une perspective “publiciste” il n’est que de s’en féliciter.

a - L’application du principe d’incompétence par les Chambres civiles.

A la veille de l’arrêt Septfonds, la jurisprudence de la Cour de cassation paraissait ferme et opposée à la solution du Tribunal des conflits. La Chambre civile ne venait-elle pas encore de rappeler qu’un décret rendu en application de diverses

³⁹⁹ D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Économica 1987, p. 170.

⁴⁰⁰ Ibid, p. 233.

dispositions législatives “ne constitue pas un acte administratif spécial et individuel, dont l’appréciation échapperait à la compétence des tribunaux de l’ordre judiciaire, mais il édicte des dispositions générales, en vertu du pouvoir réglementaire de l’administration, qui participent du caractère de la loi ; qu’il appartient, dès lors, à l’autorité judiciaire de se prononcer sur sa légalité”⁴⁰¹ ?

La Cour de cassation s’inclina néanmoins rapidement devant la solution du Tribunal des conflits. L’instabilité de sa jurisprudence jusqu’en 1917 explique peut-être sa soumission empressée.

D’une part, la Haute juridiction n’avait pas une jurisprudence séculaire à opposer au juge des compétences comme la Chambre criminelle. D’autre part, de profondes divergences devaient subsister en son sein à la suite de ses errements jurisprudentiels antérieurs.

En 1926, la juridiction civile a certes refusé de procéder au renvoi d’une question préjudicielle. Il ne faut pourtant pas voir dans cette solution la volonté de maintenir sa jurisprudence précédente mais, bien plutôt, l’application des exceptions reconnues au principe de l’arrêt Septfonds.

La Cour de cassation a, en effet, estimé que “l’autorité judiciaire avait qualité pour contrôler cette légalité, alors qu’il s’agissait de ventes de biens de mineurs, c’est-à-dire d’une matière touchant à la capacité des personnes, relevant des tribunaux de droit commun et du ministère public...”⁴⁰². Elle rejoignait ainsi l’opinion du Procureur Général Matter qui ajoutait lui-même aux cas de “dévolution expresse de la loi (...) trois autres qui, malgré les contestations soulevées, (...) paraissent de nature essentiellement civile : la liberté individuelle(...), l’état des personnes (...), la propriété...”⁴⁰³.

L’arrêt du 27 avril 1926 s’explique donc aisément. Il convient de noter, toutefois, que si les problèmes de capacité et d’état des personnes relèvent encore

⁴⁰¹ Civ. 13 février 1923, *S* 1923, I, p. 132.

⁴⁰² Civ. 27 avril 1926, *D* 1927, I, p. 9, note Rolland.

⁴⁰³ Concl. Matter, *DP* 1924, 3, p. 41.

aujourd'hui de la compétence judiciaire, ce juge ne jouit pas à leur égard d'une plénitude de juridiction⁴⁰⁴.

En réservant les hypothèses, fort rares, de compétence civile résultant d'un texte législatif⁴⁰⁵, l'étude de la jurisprudence postérieure à l'arrêt Septfonds marque une parfaite harmonie entre les Chambres civiles et le Tribunal des conflits. L'état du droit n'a pas changé depuis 1923.

Le principe est aujourd'hui encore que "le juge judiciaire (...) ne peut, sans excéder ses pouvoirs apprécier la légalité d'un acte administratif qui ne saurait constituer une voie de fait, qu'il soit de nature réglementaire ou individuelle"⁴⁰⁶.

L'incompétence du juge civil à l'égard des exceptions d'illégalité des actes individuels fut affirmée de nombreuses fois par la Cour de cassation.

Ainsi, pour un ordre de réquisition⁴⁰⁷, la déclaration d'insalubrité d'un immeuble⁴⁰⁸, la décision de préemption émanant d'une Safer⁴⁰⁹, une décision en matière de remembrement⁴¹⁰, ou de nationalité⁴¹¹, un permis de construire⁴¹², la décision de mise en rétention d'un étranger⁴¹³ ou l'autorisation d'agir en justice délivrée à son président par un conseil de l'ordre des médecins⁴¹⁴.

⁴⁰⁴ En matière de nationalité d'une personne physique, v. Nancy 13 juillet 1950, *GP* 1950, II, p. 281 ; CE 19 janvier 1973, Fernandez, *Clunet* 1973, p. 737, note Aymond ; en matière d'attribution de la qualité de pupille de la Nation, v. l'arrêt Civ. 1ère 16 avril 1953, *JCP* 1953, II, 7617, obs. Mihura : "cet arrêté d'admission, bien que modifiant l'état des personnes en conférant à l'intéressé la qualité de pupille de l'Assistance, étant un acte administratif individuel dont la légalité ne peut-être interprétée et examinée que par la juridiction administrative".

⁴⁰⁵ Le législateur, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, peut librement transférer aux tribunaux civils le pouvoir d'apprécier la légalité d'actes administratifs. En effet, la déclaration d'illégalité ne fait pas partie de la compétence constitutionnelle du juge administratif. Au surplus, si une opinion contraire devait prévaloir, le législateur pourrait encore décider le transfert en arguant d'une bonne administration de la justice.

⁴⁰⁶ Civ. 2ème 10 février 1993, *D* 1993, IR, p. 61. V. précédemment Civ. 1ère 27 octobre 1976, *Bull Civ*, I, n° 317 ; Com. 23 février 1982, *Bull Civ*, IV, n° 68.

⁴⁰⁷ V. par exemple, Civ. 1ère 5 juillet 1954, *AJDA* 1954, II, p. 369.

⁴⁰⁸ V. Com. 17 novembre 1966, *Bull Civ*, III, n° 434.

⁴⁰⁹ V. Civ. 3ème 24 juin 1975, *Bull Civ*, III, n° 216.

⁴¹⁰ V. Civ. 3ème 23 novembre 1971, *Bull Civ*, III, n° 580 ; Civ. 3ème 9 mars 1982, *Bull Civ*, III, n° 216.

⁴¹¹ V. Civ. 1ère 25 janvier 1983, *RCDIP* 1983, p. 435, note P. Lagarde.

⁴¹² V. Civ. 1ère 8 octobre 1986, *D* 1986, J, p. 573, rap. Sargos.

⁴¹³ V. Civ. 2ème 20 avril 1989, *Bull Civ*, II, n° 92.

⁴¹⁴ V. Civ. 1ère 26 juin 1990, pourvoi n° 89-10-574, source : Lexilaser.

D'autres arrêts, enfin, ont reconnu comme question préjudicielle, l'exception d'illégalité d'actes réglementaires⁴¹⁵.

b - L'application du principe d'incompétence par la Chambre sociale.

La Chambre sociale a montré dans l'application de la jurisprudence Septfonds une discipline aussi stricte que les Chambres civiles. Elle pose le plus souvent dans les arrêts où le point est discuté que "quand la validité d'un acte administratif est contestée, les tribunaux judiciaires doivent surseoir à statuer jusqu'à décision des juridictions administratives sur la question préjudicielle soulevée"⁴¹⁶.

Plus précisément, à l'égard des actes non réglementaires, les juges suprêmes du travail ont toujours fait respecté l'obligation de sursis. Un arrêt du 12 mai 1959 est particulièrement explicite : "vu l'article 13 § 1, titre 2 de la loi des 16-24 août 1790 ; attendu que les tribunaux civils sont incompétents pour apprécier la légalité d'un acte administratif individuel ; qu'à moins qu'il n'y ait voie de fait, ils doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit prononcée sur la validité de l'acte administratif dont la légalité est en litige"⁴¹⁷.

Logiquement, les questions préjudicielles en matière d'actes individuels ont principalement porté sur des autorisations administratives de licenciement⁴¹⁸ mais elles ont concerné bien d'autres actes comme un arrêté ministériel de dévolution des locaux et du droit au bail d'un Comité d'organisation professionnelle dissous⁴¹⁹, une décision du ministre de tutelle de la Compagnie nationale Air France relative à la

⁴¹⁵ V. Civ. 1ère 20 novembre 1956, *AJDA* 1957, II, p. 42 ; TGI Paris 8 octobre 1968, *AJPI* 1968, II, p. 981, obs. Chapuisat ; Civ. 1ère 15 janvier 1975, *D* 1975, J, p. 671, note R. Drago ; Civ. 1ère 22 octobre 1991, pourvoi n° 90-12-549, source : Lexilaser ; Civ. 1ère 22 novembre 1994, *D* 1995, IR, p. 16.

⁴¹⁶ V., par exemple, et pour la seule année 1964, Soc 15 janvier 1964, *Bull Civ*, IV, n° 36 ; Soc 21 octobre 1964, *Bull Civ*, IV, n° 679 ; Soc 18 novembre 1964, *Bull Civ*, IV, n° 775.

⁴¹⁷ Soc 12 mai 1959, *Bull Civ*, V, n° 578 ; v. aussi, Soc 29 juin 1966, *Bull Civ*, IV, n° 656.

⁴¹⁸ V., par exemple, Soc 5 mai 1970, *D Soc*, n° 516 ; Soc 14 mai 1987, *Bull Civ*, V, n° 311 ; Soc 4 février 1988, *Bull Civ*, V, n° 89 ; Soc 25 avril 1990, *Bull Civ*, V, n° 189.

⁴¹⁹ V. Soc 12 mai 1959, *Bull Civ*, V, n° 578.

rémunération du personnel⁴²⁰, une décision de radiation de l'ASSEDIC⁴²¹ ou de la liste des demandeurs d'emploi par l'ANPE⁴²².

Saisie à de nombreuses occasions de contestations relatives à l'application du statut de certaines entreprises publiques, la Cour de cassation s'est prononcée, à chaque fois que la légalité d'un acte réglementaire était contestée, pour l'obligation du juge du principal de surseoir à statuer.

L'arrêt du 4 décembre 1990 relatif à la SEITA est, à cet égard, très significatif : "si la société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes est une société anonyme, c'est-à-dire une personne morale de droit privé, et si, par suite, il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer au fond sur les litiges individuels concernant les agents non fonctionnaires de cet établissement, les juridictions administratives demeurent, en revanche, compétentes pour apprécier par voie de question préjudicielle la légalité des règlements et des actes à caractère réglementaire qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif"⁴²³.

D'autres règlements administratifs peuvent intervenir au cours de litiges soumis aux juges sociaux, ainsi d'un arrêté relatif à la déduction des frais professionnels de l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁴²⁴ ou de règlements régissant l'attribution de la prime de résultat⁴²⁵.

Le principe de l'incompétence du juge civil de l'action pour statuer sur les exceptions d'illégalité d'actes individuels ou réglementaires, posé en 1923 par le

⁴²⁰ V. Soc 29 juin 1966, *Bull Civ*, V, n° 656.

⁴²¹ V. Soc 3 juillet 1990, *Bull Civ*, V, n° 340.

⁴²² V. Soc 11 décembre 1990, *JCP* 1991, IV, p. 53.

⁴²³ Soc 4 décembre 1990, *JCP* 1991, IV, p. 40. V. aussi, par exemple, CE Sect. 6 février 1981, Demoiselle Baudet, *AJDA* 1981, p. 489, concl. Dondoux ; Soc 11 mars 1981, *Bull Civ*, V, n° 207 ; CE Sect. 1er juillet 1988, Billard et Volle, *D Soc.* 1988, p. 775, concl. Van Ruymbeke, p. 512, note Lachaume ; *AJDA* 1988, p. 592, chr. Azibert et de Boisdeffre ; *RA* 1989, p. 136, note Pertek ; Paris, 7 février 1989, *JCP* 1989, II, 21360, obs. Saint-Jours ; et v. aussi, P. Waquet, *Le contrôle du règlement intérieur*, *AJDA* 1991, p. 590.

⁴²⁴ V. Soc 15 mars 1990, pourvoi 87-13.642, source : Lexilaser.

⁴²⁵ V. Soc 19 mai 1958, *Bull Civ*, IV, n° 615.

Tribunal des conflits, a fait l'objet, depuis lors, d'une observation rigoureuse par la Cour de cassation.

La discipline de la Haute juridiction peut s'expliquer par la faible assurance dont jouissait sa jurisprudence antérieure, marquée par une succession de revirements peu satisfaisants. L'absence de toute critique sérieuse formulable à l'encontre de l'arrêt Septfonds y a certainement contribué.

B - Les fondements de la jurisprudence Septfonds.

Le fondement de la jurisprudence Septfonds réside évidemment dans le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

Le texte de l'arrêt et les conclusions de Matter ne contiennent aucun élément relatif aux actes individuels car la question de compétence soumise au Tribunal des conflits ne portait que sur les exceptions d'illégalité de règlements administratifs. Cependant, il est logique d'étendre l'obligation, pour le juge civil, de surseoir à statuer dans cette hypothèse aux exceptions d'illégalité des actes individuels car, traditionnellement, la déclaration d'illégalité de ces derniers est considérée comme portant un trouble encore plus grave aux opérations des corps administratifs⁴²⁶.

Au surplus, la question d'illégalité des actes individuels a toujours été qualifiée par la Cour de cassation elle-même de question préjudicielle. Cela justifie peut-être l'absence de critiques formulées à l'encontre de cette solution par la doctrine.

L'incompétence du juge civil à l'égard de la légalité des règlements fut, en revanche, mal accueillie. La doctrine reprocha au Tribunal des conflits sa pusillanimité. Les fondements de sa solution ressortent d'autant mieux que l'on examine ces critiques. Appréciation de la légalité n'est pas interprétation ; elle seule trouble les opérations des corps administratifs.

⁴²⁶ Sur ce point, v. Chapitre I, p. 106.

1 - L'appréciation de la légalité, distincte de l'interprétation.

La consécration de la compétence du juge civil en matière d'interprétation des règlements parut aller de soi. Elle entérinait une opinion ancienne de Duguit pour lequel "le règlement est une loi, et le tribunal judiciaire ou administratif qui doit l'appliquer, doit en déterminer le sens si une difficulté d'interprétation s'élève. En ne le faisant pas, il commettrait un déni de justice, tout comme s'il refusait, sous prétexte d'obscurité, d'interpréter une loi à la fois matérielle et formelle (...). Un tribunal judiciaire doit interpréter un règlement émanant d'une autorité administrative, parce qu'il est une loi matérielle"⁴²⁷.

C'est donc l'article 4 du code civil, prohibant le déni de justice et autorisant l'interprétation par le juge des lois, qui fonde le raisonnement du Tribunal des conflits. Le règlement étant, matériellement, comme la loi, une norme générale et impersonnelle, la prohibition du déni de justice doit conduire à accorder au juge civil le même pouvoir à leur égard.

Le raisonnement paraît juridiquement correct. Mais sa conclusion parut insuffisante à la majorité des auteurs qui jugea "qu'elle avait beaucoup plus la valeur d'un *modus vivendi* que d'une solution logique et indiscutable. Elle réalisait un équilibre plus qu'elle ne suivait une ligne idéale imposée par la raison ou par les textes"⁴²⁸. L'arrêt Septfonds "instituait une voie moyenne entre les exigences d'une séparation des pouvoirs entendue dans son absolue pureté et les exigences qu'implique toute activité juridictionnelle"⁴²⁹.

Hauriou avait lui-même reconnu que "cette solution transactionnelle n'est pas complètement satisfaisante. C'est quelque chose, assurément, que l'interprétation du sens du règlement administratif ait été accordée au juge du fond et que la question

⁴²⁷ L. Duguit, obs. sous Civ. 24 octobre 1917, S 1918-1919, I, p. 193.

⁴²⁸ G. Vedel, *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein*, JCP 1948, I, 682.

⁴²⁹ Ibid.

préjudicielle ait été supprimée dans ce cas, mais il est regrettable que le Tribunal des conflits se soit arrêté à cette demi-mesure et qu'il n'ait pas voulu convenir que les principes juridiques et les intérêts pratiques en jeu (...) exigeaient qu'on abandonnât à ces tribunaux même l'appréciation de la légalité"⁴³⁰.

Faisant appel à des justifications pratiques, Hauriou ne cachait pas que la solution préconisée ne reposait sur aucun fondement précis. Or, cela a été antérieurement démontré, si l'assimilation du règlement à la loi justifie le pouvoir du juge civil d'en interpréter le sens, elle doit conduire cependant à l'exclusion, et non à l'admission, de la compétence de ce juge pour en apprécier la légalité.

En effet, la position de Duguit était insoutenable. Pour expliquer la compétence du juge civil à l'égard des exceptions d'illégalité des règlements, tout en se fondant toujours sur l'assimilation de ceux-ci aux lois, il devait nécessairement admettre la compétence du juge pour statuer sur la constitutionnalité des lois.

C'est ce qu'il s'efforça de démontrer. "Le juge ne peut pas être forcé d'appliquer une disposition réglementaire illégale. Il doit appliquer les lois et règlements ; mais s'il y a contradiction, il doit appliquer la disposition supérieure, c'est-à-dire la loi formelle. Il doit en être de même quand il y a conflit entre la loi ordinaire et la loi constitutionnelle, dans les pays à constitution rigide comme la France. La jurisprudence sans doute, si elle était saisie de pareilles questions hésiterait à le reconnaître (...). Mais la doctrine est aujourd'hui à peu près unanime pour décider que les tribunaux français doivent, comme les tribunaux américains, recevoir l'exception d'inconstitutionnalité, et refuser d'appliquer toute loi qu'ils jugent inconstitutionnelle"⁴³¹.

Le raisonnement de l'éminent auteur est encore plus fragile lorsqu'il ajoute : "si les tribunaux judiciaires peuvent et doivent apprécier la légalité des règlements

⁴³⁰ M. Hauriou, note sous l'arrêt Septfonds, S 1923 3, p. 49.

⁴³¹ L. Duguit, obs. sous Civ. 24 octobre 1917, S 1918-1919, I, p. 193.

s'appliquant dans les affaires dont ils sont saisis, a fortiori, doivent-ils en interpréter le sens et la portée⁴³².

Ce renversement de la proposition initiale, qui aboutit à faire de chacun des deux pouvoirs du juge le fondement de l'autre, montre l'absence de base solide du syllogisme. L'assimilation du règlement à la loi peut justifier le pouvoir d'interprétation mais non celui d'appréciation de la légalité. De ce fait, ce dernier ne saurait, en retour, expliquer le premier...

Appert l'avait compris qui écrivait en 1912 que "lorsqu'un administré protestant contre un acte administratif demande aux tribunaux ordinaires non pas sans doute de l'annuler mais d'empêcher qu'il produise les effets qu'en attend l'Administration, le principe de la séparation des pouvoirs reprend son empire. En obtempérant à la requête qui leur est adressée, les tribunaux troubleraient les opérations des administrations"⁴³³.

2 - L'appréciation de la légalité et la séparation des autorités.

Ce fut, évidemment, l'argument de Matter dans ses conclusions sur l'arrêt Septfonds : "toutes les fois donc, que son jugement pourra troubler les opérations des corps administratifs, connaître des actes de l'Administration, quand, par sa sentence, il risque soit d'arrêter la marche du pouvoir exécutif, soit de se faire juge d'un acte de la puissance publique, le tribunal doit s'arrêter, définitivement s'il s'agit du fond, provisoirement si seule se pose une question préjudicielle dont doit connaître l'autorité judiciaire. Hors ces cas, il doit juger : où il n'y a pas de trouble, il n'y a pas violation de la séparation des pouvoirs". Or "l'interprétation ne trouble pas, car elle suit, se conforme, applique. La déclaration d'illégalité refuse cette application, elle écarte le règlement, elle trouble l'opération du corps administratif"⁴³⁴.

⁴³² Ibid.

⁴³³ G. Appert, note sous Req 7 février 1910, S 1912, I, p. 205.

⁴³⁴ P. Matter, concl. sur TC 16 juin 1923, DP 1924, 3, p. 41.

C'est à ce caractère de la déclaration d'illégalité qu'Hauriou s'attaqua pour proposer le transfert aux juges civils du pouvoir d'apprécier la légalité des actes administratifs.

Reconnaissant que "la véritable raison sur laquelle se base le Tribunal des conflits (...) est que (...) le contentieux de l'appréciation de légalité d'un acte administratif est complètement assimilable au contentieux de l'annulation", il doute cependant "que le principe de la séparation des pouvoirs soit aussi fortement intéressé dans un cas que dans l'autre"⁴³⁵.

En effet, selon l'auteur, "le contentieux de l'annulation (...) aboutit à l'annulation de l'acte administratif ; la juridiction qui prononce une pareille annulation brise la volonté de l'autorité qui a fait l'acte, et l'on conçoit que l'autorité administrative ne puisse consentir à voir briser sa volonté que par une juridiction administrative (...). Très différents sont les effets du contentieux de l'appréciation de la légalité ; il aboutit à une déclaration d'illégalité de l'acte et, par conséquent, de non-opposabilité de celui-ci aux parties en cause (...) ; par conséquent, la volonté administrative n'est pas brisée, il y a seulement un cas déterminé dans lequel elle ne produit pas d'effet"⁴³⁶.

Hauriou constate ensuite que "les textes fameux sur lesquels repose le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire ne parlent nullement in terminis de l'appréciation de la légalité des actes, pas plus d'ailleurs que de leur interprétation..."⁴³⁷. Analysant les textes en cause, il soutient "qu'en termes de procédure et de compétence, "connaître d'une affaire" ou "connaître d'un litige", cela signifie en connaître par une instance principale ouverte devant le juge et non pas en connaître sur renvoi par question préjudicielle"⁴³⁸.

L'argument terminologique aurait pu porter si Hauriou n'avait lui-même quelque peu modifié les termes du décret du 16 fructidor an III. Le glissement qu'il

⁴³⁵ M. Hauriou, S 1923, 3, p. 49.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ Ibid.

⁴³⁸ Ibid.

opère est captieux. En effet, le décret qu'il cite interdit aux tribunaux judiciaires de "connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient". Or Hauriou l'interprète comme leur interdisant de connaître des litiges de nature administrative. La différence est importante car l'expression "connaître d'un litige" vise assurément l'instance principale alors que la formule du décret, "connaître d'un acte", concerne l'appréciation de la légalité aussi bien par voie d'action que par voie d'exception. Rien ne permet donc d'affirmer que les révolutionnaires distinguaient, pour l'application du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, le recours en annulation du recours en appréciation de légalité.

En outre, Hauriou ne démontre guère pourquoi l'appréciation de la légalité d'un règlement ne trouble pas les opérations des corps administratifs. Pourtant, cela a été observé en étudiant la plénitude de juridiction du juge répressif⁴³⁹, l'appréciation de la légalité de tout acte administratif est de nature à causer un tel trouble. Il semble donc impossible de fonder juridiquement la compétence du juge civil à l'égard des exceptions d'illégalité : il doit s'incliner devant le principe de valeur législative de séparation des autorités administrative et judiciaire.

Son intégrité intellectuelle conduisait d'ailleurs Hauriou à formuler lui-même deux critiques envers sa proposition. D'une part, la compétence civile à l'égard des règlements devrait être logiquement étendue aux actes individuels. D'autre part, la volonté gouvernementale pourrait, dans certains cas, être dangereusement entravée.

Les arguments auxquels le maître a recours pour écarter ces objections n'emportent pas plus conviction que les précédents. Il déclare ainsi que la première critique "ne [l]'émeut pas, [n'ayant] jamais aimé les questions préjudicielles et les complications des procédures", tout en reconnaissant que "si la suppression des questions préjudicielles doit s'opérer graduellement, il y a de très bonnes raisons pour qu'elle s'opère d'abord en matière de règlements administratifs"⁴⁴⁰.

⁴³⁹ V. supra, Chapitre I, p. 95 et s.

⁴⁴⁰ M. Hauriou, note sous TC 16 juin 1923, Septfonds, S 1923, 3, p. 49.

Il affirme ensuite que force restera toujours à l'administration qui peut obtenir, en cas d'urgence, l'application manu militari de ces actes.

L'étude des critiques formulées à l'encontre de la jurisprudence Septfonds n'est pas inutile, ni même contradictoire, dans des développements relatifs à la détermination de ses fondements. En effet, la démonstration de leur faiblesse et de l'absence de tout argument convaincant dans le sens d'une compétence du juge civil à l'égard des exceptions d'illégalité, ne peut que renforcer l'assise de cette jurisprudence.

Elle repose sur la seule considération du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

L'exemple de la plénitude de juridiction du juge répressif ne peut justifier qu'il soit dérogé à ce principe en faveur du juge non répressif. D'une part, la jurisprudence criminelle, et aujourd'hui la législation, ne jouissent pas d'un fondement théorique clair et se présentent plutôt comme l'héritage d'une tradition pluriséculaire. D'autre part, s'il est possible de présenter quelques arguments, même non convaincants, à l'appui de cette jurisprudence⁴⁴¹, il n'en va pas de même à l'égard du juge non répressif. Celui-ci ne présente aucune spécificité justifiant qu'il soit dérogé, à son profit, au principe de séparation.

En résumé, la force de la jurisprudence Septfonds est d'être une application directe du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. A ce titre, elle rend d'autant plus vaine toute critique, que rien dans la nature du contentieux non répressif ne peut conduire à accorder à son juge compétence pour statuer sur les exceptions d'illégalité d'actes administratifs.

Cela explique qu'elle constitue le seul cas présent où un juge judiciaire doit renvoyer au juge administratif l'appréciation de la légalité d'un acte administratif. Les hypothèses dans lesquelles le juge de l'action n'est pas juge de l'exception d'illégalité sont donc de moins en moins nombreuses.

⁴⁴¹ V. supra, Chapitre I, p. 111.

Depuis longtemps, le juge administratif de l'action est juge des exceptions d'illégalité. Le juge répressif, après avoir eu une large compétence, jouit depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, d'une pleine compétence en la matière. Le juge civil connaît également, dans quelques hypothèses, de la légalité des actes administratifs⁴⁴². Mais il n'en est ainsi qu'à titre dérogatoire.

Se pose alors la question des compétences respectives du juge de l'action du juge de l'exception dans le cadre de la question préjudicielle de légalité.

SECTION II - LES COMPÉTENCES RESPECTIVES DU JUGE DE L'ACTION ET DU JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS.

Conçues pour assurer le bon fonctionnement de la justice dans le respect du principe de séparation des juridictions administrative et judiciaire, les questions préjudicielles constituent un mécanisme de collaboration forcée entre le juge du principal et le juge de l'exception d'illégalité. Collaboration forcée dans la mesure où ce dernier doit répondre à la question préjudicielle renvoyée par le juge judiciaire.

Au risque d'étonner, il ressort de l'aménagement des rapports entre le juge de l'action et le juge de l'exception un partage des compétences. Il est insuffisant de poser que le premier est incompétent sur le fond de l'exception d'illégalité : il conserve le pouvoir d'apprécier l'existence de la question. Inversement, le juge de l'exception est certes maître de l'appréciation de la légalité de l'acte mais il n'a aucune compétence quant à son caractère préjudiciel. Le juge incompétent est, en effet, partiellement compétent et le juge compétent, partiellement incompétent.

⁴⁴² V. supra, Chapitre I, p. 119 et s.

§ I - LE JUGE DE L'ACTION, JUGE DE L'EXISTENCE DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE.

En tant que moyen, l'exception doit satisfaire certaines conditions pour être recevable. Lorsque ce moyen constitue, au surplus, une question préjudicielle justifiant un sursis à statuer et un renvoi des parties devant le juge compétent, son admission doit s'accompagner de garde-fous pour éviter qu'une partie n'use, de manière dilatoire, de cette procédure.

Il convient d'écarter d'emblée une condition traditionnellement citée. La question préjudicielle devrait, selon la doctrine classique, constituer une pure question de droit. Outre que dans le cas d'une exception d'illégalité, cette exigence est invariablement satisfaite, il a pu être prouvé qu' "en définitive, la controverse quant à la nature de la question préjudicielle repose (...) sur une généralisation abusive : les questions relevant de la compétence exclusive de l'autorité administrative ou de l'autorité judiciaire sont presque toujours des questions de droit, mais cependant, très exceptionnellement, elles s'avèrent être des questions de fait ⁴⁴³ .

Cette réserve faite, les principales conditions posées par la jurisprudence judiciaire à l'admission d'une question préjudicielle relative à l'exception d'illégalité d'un acte administratif portent sur ses caractères nécessaire et sérieux.

Laferrière, déjà, notait que "pour qu'il y ait question préjudicielle, il faut d'abord qu'il y ait une question, c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé ; il faut ensuite que cette question préjuge, en tout ou en partie, le jugement du fond"⁴⁴⁴.

⁴⁴³ J-F. Flauss, *Les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, thèse Strasbourg, 1976, p. 90.

⁴⁴⁴ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., 1887, T I, p. 440.

Ces deux conditions se retrouvent dans la formule habituellement utilisée par la Cour de cassation : “la juridiction de l'ordre judiciaire, à laquelle est opposée une exception tirée de l'interprétation ou de la validité d'un acte administratif individuel, n'est tenue de surseoir à statuer que si cette exception présente un caractère sérieux et porte sur une question dont la solution est nécessaire au règlement du litige”⁴⁴⁵.

A - L'appréciation de la légalité de l'acte doit être nécessaire au règlement du litige.

La logique impose de limiter les cas de question préjudicielle aux hypothèses dans lesquelles le litige ne peut être tranché sans que soit résolue la question en cause. Le raisonnement est le même que lorsque l'exception d'illégalité apparaît devant le juge administratif. Celui-ci exige également le caractère nécessaire, quant à la solution du litige, de l'exception d'illégalité. Cela se traduit par la condition d’“opérance” de l'exception⁴⁴⁶. Malgré la différence terminologique, le concept est le même.

Si “le principe même du caractère nécessaire ne prête pas à discussion”⁴⁴⁷, encore convient-il de préciser la signification de cette exigence pour éclairer l'appréciation qu'en donne le juge judiciaire.

1 - La signification du caractère nécessaire.

_____ Exiger que l'exception d'illégalité soit nécessaire au règlement du litige dont est saisi le juge judiciaire, se justifie par de solides considérations logiques et pratiques. Toutefois, cette condition aurait une conséquence particulière : elle impliquerait le caractère subsidiaire de la question préjudicielle.

⁴⁴⁵ Civ. 1ère, 22 octobre 1991, pourvoi n° 90-12.549, source : Lexilaser.

⁴⁴⁶ V. infra, Deuxième Partie, Chapitre I, p. 235 et s.

⁴⁴⁷ J-F. Flauss, op. cit., p. 57.

a - L'exigence d'un lien entre l'acte et le litige.

L'exception d'illégalité d'un acte administratif est un moyen⁴⁴⁸. En tant que telle, elle doit influencer sur la solution du litige. Il en est ainsi en toute hypothèse, qu'elle constitue une question préalable ou une question préjudicielle.

Deux considérations justifient cette restriction au droit de soulever des exceptions. D'une part, admettre que les parties puissent contraindre le juge du principal à s'intéresser à des problèmes inutiles pour le procès serait ouvrir la voie à des manoeuvres dilatoires de la part d'avocats en mal d'arguments. Une bonne administration de la justice exige un tri entre les exceptions utiles au jugement et les autres. D'autre part, le bon sens dicte également d'autoriser le juge à écarter les arguments sans rapport avec le litige dont il est saisi.

L'un des principes qui gouverne le raisonnement juridique est celui de l'élimination des moyens superfétatoires. L'une de ses manifestations, au sein de l'ordre administratif, le principe de l'économie des moyens, doit conduire le juge à ne pas répondre aux moyens dès lors qu'un autre, précédemment examiné, suffit à accueillir ou à rejeter une demande. Si des moyens, mêmes fondés, n'ont pas leur place dans le raisonnement du juge, *a fortiori*, doit on exclure les exceptions n'exerçant aucune influence sur l'issue du litige.

Ce n'est pas uniquement lorsqu'elle représente une question préjudicielle, contraignant le juge de l'action à surseoir à statuer, que l'exception, et notamment l'exception d'illégalité, doit être nécessaire. La logique impose qu'il en soit ainsi pour toute exception, qu'elle constitue une question préalable ou une question préjudicielle à l'action.

L'exception d'illégalité, quel que soit le juge devant lequel elle est soulevée, doit influencer d'une quelconque façon sur la solution du litige. Toutefois, l'appréciation de ce lien dépend du juge saisi au principal.

⁴⁴⁸ V. infra, Deuxième Partie, Chapitre II, p. 385 et s.

Nous verrons, en effet, que le juge administratif subordonne la l'examen d'une exception d'illégalité à la vérification préalable de l'existence d'un certain rapport entre l'acte argué d'illégalité et l'acte attaqué devant lui. Ce rapport concrétise le caractère "opérant" de l'exception⁴⁴⁹.

Les juges judiciaires, quant à eux, se "contentent" d'exiger que la réponse à la question soit nécessaire à la solution du litige. Le rapport qu'ils ont à identifier est logiquement moins intime que celui exigé par le juge administratif. Il faut, à cet égard, observer que, juges de questions d'ordre privé, ils n'ont pas à apprécier l'influence de la légalité de l'acte en cause sur un autre acte mais, plus largement, sur l'affaire dont ils sont saisis. Le raisonnement est cependant semblable à celui de leur homologue administratif.

Précisément, il faut et il suffit que l'acte influe sur l'affaire, soit parce qu'il conditionne les droits de l'une des parties, soit parce qu'il détermine l'organisation ou les pouvoirs du juge saisi.

Un premier type de rapport avait déjà été aperçu par Laferrière : "pour qu'il y ait question préjudicielle, il faut que la solution de la question douteuse soit nécessaire à la résolution même du litige au fond, qu'elle le prépare par un logique enchaînement des déductions du juge, qu'elle soit une des prémisses nécessaires du raisonnement qui aura pour conclusion le dispositif du jugement"⁴⁵⁰. L'exigence a été depuis étendue aux questions préjudicielles portant sur la légalité des actes administratifs relatifs à l'organisation de la juridiction saisie et dont le rapport au litige est différent⁴⁵¹.

De ces quelques développements, il ressort que le caractère nécessaire, imposé pour que le juge judiciaire accepte de surseoir à statuer n'est pas une condition spécifique à la matière mais bien plutôt, l'une des manifestations d'un règle générale en matière d'exception.

⁴⁴⁹ V. infra, Deuxième Partie, Chapitre I, p. 235 et s.

⁴⁵⁰ E. Laferrière, op. cit., p. 449.

⁴⁵¹ V. TC 15 décembre 1980, Tauhiro, p. 512 ; D 1981, IR, p. 109, obs. P. Delvolvé ; Crim. 15 juin 1982, JCP 1983, n° 20059, note Chambon.

Cependant, selon certains auteurs, le choix d'un rapport de "nécessité", propre aux exceptions soulevées devant le juge judiciaire, ne serait pas sans conséquence. Il serait possible d'en déduire que la question préjudicielle ne doit être mise en oeuvre, par le juge, qu'en ultime recours. Le caractère nécessaire aurait, selon eux, une seconde signification.

b - Le caractère subsidiaire de la question préjudicielle.

Restreindre l'apparition d'une question préjudicielle aux hypothèses où la question soulevée est nécessaire, n'est-ce pas, *a contrario*, reconnaître que, puisqu'elle commande la solution du litige, c'est qu'aucun des autres moyens n'est fondé ?

Ce raisonnement a été opéré par un certain nombre d'auteurs. M. Flauss explique ainsi dans sa thèse que "si plusieurs moyens sont formulés et qu'un seul pose une question préjudicielle, le juge du fond doit d'abord statuer sur les autres moyens et ne prononcer le sursis à statuer et le recevoir uniquement si aucun de ces autres moyens ne permet de régler le litige"⁴⁵². L'auteur s'appuie notamment sur l'arrêt Préfet des Ardennes du Tribunal des conflits qui "a considéré qu'il ne suffisait pas que la réponse puisse être utile à la solution du litige, mais qu'il fallait qu'elle soit indispensable"⁴⁵³.

Il n'est pas certain que l'analyse, malgré son apparente justesse, soit totalement convaincante.

En effet, il convient de distinguer selon la nature du moyen relatif à l'illégalité de l'acte administratif. Si celui-ci porte sur les règles relatives à la compétence du juge de l'action ou même sur les principes de recevabilité de celle-ci, l'exception d'illégalité devra être étudiée d'emblée. Les autres moyens, visant à influencer sur la solution au fond ne pourront être abordés qu'une fois la compétence du juge et la

⁴⁵² Ibid, p. 58.

⁴⁵³ J-F. Flauss, thèse préc., p. 56.

recevabilité de l'action admises. L'exception d'illégalité, tout en s'avérant nécessaire à l'issue du litige, ne la détermine pas pour autant à elle seule.

Certes, il est aisé d'objecter que parmi les moyens relatifs au fond du droit, le juge ne s'intéresse à celui constitutif d'une question préjudicielle qu'en dernier lieu. Mais, pour aussi vraisemblable que soit cette remarque, elle ne permet pas de justifier l'affirmation, beaucoup plus générale, rapportée plus haut. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que lorsqu'une exception d'illégalité porte sur un règlement déterminant, par exemple, la compétence d'une juridiction, et qu'elle est considérée comme nécessaire et sérieuse par le juge judiciaire, le rejet éventuel des vices allégués contre l'acte en cause par le juge administratif de renvoi, permettra la reprise du procès et son examen au fond au travers des moyens s'y rapportant. Si donc, le caractère nécessaire de la question préjudicielle permet d'affirmer que celle-ci doit être indispensable à la solution du litige, il est impossible d'en inférer un éventuel caractère subsidiaire.

Tout au plus, doit on reconnaître que, fort justement, le juge de l'action répugne à l'utilisation de ce mécanisme. Outre qu'il est source d'une complication supplémentaire et donc de lourdeur et de lenteur, il exige du juge du principal, par une singulière abnégation, une auto-mutilation de ses pouvoirs.

Il est donc préférable pour le juge et les plaideurs de résoudre le litige en usant des seules règles du droit privé. Il n'y a là aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire puisque, par hypothèse, la question de légalité administrative n'est pas tranchée. Elle est momentanément écartée par une application classique du principe de l'économie des moyens. Ce n'est qu'en cas d'échec de tous les autres que le juge se résoudra à surseoir à statuer.

Un tel comportement, pour opportun qu'il soit, n'en est pas pour autant obligatoire. L'exception d'illégalité n'a pas un caractère subsidiaire.

2 - L'appréciation du caractère nécessaire.

L'exigence d'un lien de nécessité entre la réponse à la question posée par l'une des parties et la solution du litige dont est saisi le juge de l'action ne correspond pas à un concept juridique clair. En effet, comment définir le caractère nécessaire d'une question ? Une rapide présentation de quelques solutions d'espèce devrait nous permettre de mieux appréhender la notion mais, également, d'en reconnaître les limites puisque le juge du principal peut, après avoir sursis à statuer, revenir sur son appréciation du caractère nécessaire.

a - Le caractère nécessaire dans la jurisprudence.

Pour reprendre la distinction établie par le doyen Vedel, le caractère nécessaire de toute question préjudicielle, loin de constituer une notion conceptuelle, doit être plutôt rangé parmi les notions fonctionnelles. En effet, seules sont aisément identifiables les conséquences de cette notion, sans qu'il soit possible d'établir *a priori* ce qui, entre plusieurs questions posées au juge de l'action, permet de distinguer celles qui sont nécessaires au jugement de celles qui ne le sont pas.

L'identification du lien entre le problème soulevé et la solution au fond laisse donc place à la subjectivité du juge de l'action. Le président Long ne s'en cachait d'ailleurs pas lorsque, commissaire du gouvernement, il avouait l'absence de tout critère en la matière⁴⁵⁴.

L'importance des considérations d'espèce étant admise, il convient de présenter, au travers des formules jurisprudentielles, les hypothèses dans lesquelles est reconnu le caractère nécessaire de la question ainsi que celles où il est nié.

Le lien de nécessité est exigé depuis fort longtemps par la jurisprudence. Ainsi, le Tribunal des conflits a, dès le 20 mai 1882⁴⁵⁵, affirmé que "si le sort du litige dépend de l'interprétation d'un acte administratif, les tribunaux doivent surseoir à

⁴⁵⁴ V. M. Long, concl. sur CE Sect .20 avril 1956, Société des quatre frères, *AJDA* 1956, p. 190.

⁴⁵⁵ V. TC 20 mai 1882, Rodier, p. 527.

statuer et renvoyer la question préjudicielle devant l'autorité administrative, seule compétente pour l'examiner et la résoudre".

La nécessité devrait donc s'entendre comme une dépendance. Sans la réponse à la question préjudicielle, le jugement au fond serait impossible. Cette conception très stricte du caractère nécessaire se retrouve dans certaines formules jurisprudentielles : la Cour de cassation⁴⁵⁶ reconnaît également l'existence d'une question préjudicielle lorsque le problème soulevé a "pour effet de trancher (...) un point dont dépendait la solution du présent litige".

Toutefois, la Cour de cassation est, le plus souvent, moins exigeante. La formule traditionnelle est que "le juge judiciaire ne peut surseoir à statuer en raison d'une question préjudicielle que (...) si sa solution est nécessaire au règlement du litige"⁴⁵⁷, mais elle exige parfois un lien d'application⁴⁵⁸ entre l'acte en cause et le fond de l'affaire voire même une incidence⁴⁵⁹ ou un effet utile⁴⁶⁰ de la réponse à la question sur le sort du litige.

⁴⁵⁶ Com. 16 novembre 1970, *Bull Civ*, IV, n° 300. L'idée de dépendance se retrouve dans la jurisprudence administrative lorsqu'est soulevée une exception de droit privé : v. CE 9 juillet 1943, Michel-Côte, p. 175 ; CE 28 mars 1979, Launay, p. 134. Souvent le juge administratif exige que la solution au fond soit "nécessairement subordonnée" à la réponse à la question préjudicielle, (v., en matière de convention collective, CE Sect. 4 mars 1960, Fédération nationale des industries chimiques, p. 169, *D Soc.* 1960, p. 342, concl. Nicolaÿ ; CE 23 décembre 1981, Syndicat de la presse parisienne, p. 940 ; et v. en matière d'actes communautaires, CE 18 janvier 1974, Union des minotiers de Champagne, p. 39 ; *RTDE* 1975, p. 86, concl. Théry ; CE 22 avril 1988, Association générale des producteurs de blé, p. 151) ou seulement "subordonnée" à celle-ci (v. CE 26 novembre 1969, Société française d'aviation nouvelle, p. 541 ; CE 22 mars 1974, Lo Monaco, p. 206).

⁴⁵⁷ Civ. 1ère 26 juin 1990, pourvoi 89-10.574, source : Lexilaser ; v. également, Civ. 24 octobre 1917, S 1918-1919, p. 193, note Duguit ; Civ. 9 novembre 1921, S 1922, I, p. 241, note Duguit ; Civ. 1ère, 30 avril 1969, *Bull Civ*, I, n° 159 ; Civ. 1ère 19 juin 1985, *JCP* 1985, IV, p. 301 ; Civ. 1ère 22 octobre 1991, pourvoi n° 90-12.549, source : Lexilaser ; Civ. 1ère 7 janvier 1992, pourvoi n° 90-16.392, source : Lexilaser. Le Conseil d'État exige lui aussi, mais moins souvent, le simple caractère nécessaire, (v. CE Sect. 17 octobre 1975, Institut supérieur de droit et d'économie de l'aménagement et de l'urbanisme, p. 515) ou que la réponse à la question préjudicielle "commande la solution du litige" (v. CE Sect. 23 novembre 1962, Société des Laboratoires de Reuilly, p. 629 ; CE 10 avril 1964, Commune de Sognes, p. 209 ; CE 9 mai 1975, Dame Bersoulle, p. 295) ou encore qu'elle soit "indispensable à la solution" de ce litige (v. CE 11 décembre 1957, Metz, p. 672).

⁴⁵⁸ V. Crim. 6 octobre 1955, *Bull Crim*, n° 385 ; Crim. 5 février 1953, *Bull Crim*, n° 40.

⁴⁵⁹ V. Crim. 29 avril 1964, *JCP* 1964, II, 13912, obs. Meurisse.

⁴⁶⁰ V. TC 6 juillet 1957, Préfet de la Seine c/ Saïac, S 1958, J, p. 106, note Plantey ; *D* 1958, J, p. 310, note Quermonne.

Ces fluctuations terminologiques, tout en permettant de mieux appréhender la nature du lien qui doit unir le problème soulevé par exception au fond de l'affaire, contribuent toutefois à en rendre plus difficile une définition cohérente.

A cet égard, il convient de noter que, le plus souvent, la reconnaissance du caractère est effectuée par prétérition : le juge judiciaire se contente, sans avancer d'argument, d'affirmer ce qu'il devrait démontrer. Paradoxe, la Cour de cassation a même osé renverser le raisonnement, pour déduire du sursis à statuer prononcé par le juge du fond, le caractère nécessaire de la question soulevée par une partie : "en décidant que l'interprétation de l'acte d'adjudication soulevait une question préjudicielle, la Cour d'appel a nécessairement admis que la solution à donner à cette question commandait celle à donner au litige"⁴⁶¹. Non seulement aucun argument ne vient étayer l'affirmation, contestée par le pourvoi, du caractère nécessaire, mais encore ce dernier est-il déduit de ce qui ne devrait en être qu'une conséquence, le sursis à statuer. Un "raisonnement" de cette nature interdit aux parties de contester l'appréciation, par le juge du fond, de l'existence d'un lien justifiant le renvoi de la question préjudicielle.

Il semble de ce fait opportun de procéder par élimination pour préciser la nature de ce rapport. Plutôt que de tenter vainement de décrire ce qu'il est, au travers des arrêts reconnaissant son existence, il est préférable de décrire ce qu'il n'est pas. A cette fin, la jurisprudence judiciaire est riche d'enseignements.

Ainsi, le juge répressif rejette l'exception d'un acte administratif comme inopérante lorsque le prévenu, poursuivi pour infraction à un règlement, invoque, par exception, l'illégalité d'actes individuels qui lui ont fait suite⁴⁶². De la même manière, doit être écartée comme inopérante, et donc comme non nécessaire, "l'exception qu'un prévenu prétend tirer de l'illégalité alléguée d'une décision administrative ayant refusé de lui accorder une dérogation à une obligation légale pénalement

⁴⁶¹ Civ. 1ère 2 mai 1978, *Bull Civ*, I, n° 170.

⁴⁶² V. Crim. 12 mars 1974, *Bull Crim*, n° 104.

sanctionnée, dès lors que cette illégalité, à la supposer démontrée, n'aurait pu avoir pour effet d'enlever aux faits constatés leur caractère punissable⁴⁶³. Le raisonnement est souvent reproduit en matière de délit d'entrave à l'exercice des fonctions de délégué du personnel⁴⁶⁴.

La présente référence à des décisions de la Chambre criminelle n'est pas erronée⁴⁶⁵. Il convient de rappeler, à cet égard, que l'exigence du caractère nécessaire est commune aux questions préalables et aux questions préjudicielles. De ce fait, même lorsqu'il a compétence pour statuer sur l'exception d'illégalité, le juge pénal doit préalablement établir sa nécessité pour la solution du litige.

La jurisprudence civile offre, elle aussi, quelques arrêts où le caractère nécessaire est dénié aux termes d'une démonstration. Ainsi, l'exception d'illégalité d'actes administratifs, dont une application abusive a été faite par une partie, ne peut être invoquée par son adversaire à l'appui d'une demande de dommages-intérêts dès lors que ce qui fonde cette demande est uniquement le caractère abusif de la mise en oeuvre de ces actes⁴⁶⁶.

Doit être refusé le sursis à statuer sur une exception de domanialité dès lors que la question de propriété de la parcelle litigieuse est sans influence sur l'issue d'une demande de démolition partielle d'un immeuble, dont la construction s'est achevée antérieurement à l'acquisition du terrain par le défendeur⁴⁶⁷.

Pareillement, les vices entachant un acte modificatif du règlement d'un lotissement, et non du cahier des charges de ce dernier, sont "sans influence" sur l'action civile intentée "pour violation des obligations résultant du contrat de droit privé que constituait le cahier des charges"⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Crim. 23 juillet 1975, *D* 1975, IR, p. 213.

⁴⁶⁴ V. Crim. 5 décembre 1989, *DA* 1990, n° 335.

⁴⁶⁵ Pour un exemple récent de reconnaissance implicite du caractère non nécessaire d'une exception d'illégalité d'un décret d'application d'une loi, v. Crim. 9 janvier 1995, *JCP* 1995, IV, 959.

⁴⁶⁶ V. Civ. 1ère 24 octobre 1967, *Bull Civ*, I, n° 310.

⁴⁶⁷ V., bien qu'il ne s'agisse donc pas d'une exception d'illégalité, Civ. 1ère 28 octobre 1974, *Bull Civ*, I, n° 280.

⁴⁶⁸ Civ. 1ère 26 janvier 1982, *Bull Civ*, I, n° 45.

Une décision du Tribunal des conflits rendue le 6 juillet 1957 a dénié un caractère nécessaire à la question relative à la légalité d'une décision administrative opposant la déchéance quadriennale⁴⁶⁹. Le raisonnement retenu pour fonder cette solution est particulièrement instructif sur la conception qu'a le juge des compétences du lien devant unir la question soulevée par exception au fond de l'affaire.

"Lorsqu'un tribunal de l'ordre judiciaire est saisi d'une action relevant de sa compétence et qui tend à faire reconnaître une créance sur une collectivité publique, la décision qu'il prend est, en toute hypothèse, sans effet utile sur les obligations de cette collectivité si la déchéance a été ou est opposée à bon droit ; l'inutilité pratique éventuelle de la poursuite de l'instance judiciaire est sans influence sur l'étendue de la compétence de ce tribunal, auquel, par suite, la circonstance que la déchéance quadriennale a été opposée ne pose aucune question préjudicielle dont la solution serait nécessaire à celle du litige qui lui est soumis"⁴⁷⁰. En d'autres termes, "le fait que l'autorité de la chose jugée par la juridiction civile ne fasse pas obstacle à l'opposabilité de la déchéance à l'instant du jugement rend inutile la connaissance, par le juge du fond, du caractère régulier ou irrégulier d'une éventuelle décision administrative tendant à la soulever"⁴⁷¹.

L'appréciation que porte le juge judiciaire sur le caractère nécessaire de l'exception d'illégalité est certes empreinte d'une certaine subjectivité, mais quelques éléments en ressortent.

Le lien qui doit unir l'acte argué d'illégalité au litige dont est saisi le juge est un lien de dépendance ou de subordination nécessaire. Sans la réponse à apporter à cette exception, le juge du principal, ne doit pas pouvoir trancher. S'il estime, au contraire, que l'illégalité éventuelle de cet acte serait sans influence sur l'affaire, il lui appartient de juger celle-ci en écartant l'exception. En outre, même intimement liée à

⁴⁶⁹ TC 6 juillet 1957, *Préfet de la Seine c/ Saïac*, *D* 1958, J, p. 310, note Quermonne ; *S* 1958, J, p. 106, note Plantey. V. également, TC 22 juin 1992, *Abella*, *RFDA* 1992, p. 769, n° 15.

⁴⁷⁰ Quermonne, note préc.

⁴⁷¹ *Ibid.*

la portée pratique du jugement, la question accessoire pourra ne pas être renvoyée à son juge naturel. En effet, seule compte la décision demandée au juge principal : si l'illégalité éventuelle n'a d'influence que sur un point de droit antécédent⁴⁷² ou subséquent⁴⁷³ le juge de l'action, qui n'en est pas saisi, doit refuser de surseoir à statuer⁴⁷⁴.

Il peut se produire, en outre, que l'appréciation, par le juge civil, du caractère nécessaire de l'exception d'illégalité fasse l'objet d'une évolution au cours d'un même litige.

b - Les changements d'appréciation du caractère nécessaire au cours d'un litige.

Subjective, pragmatique, l'appréciation du caractère nécessaire d'une exception d'illégalité pour la solution d'un litige peut être sujette à des variations au cours de l'instance. Il en est ainsi dans deux hypothèses.

La première, la plus évidente, concerne l'exercice d'un appel ou d'un pourvoi en cassation contre la décision du juge du fond de surseoir à statuer.

Que se passe-t-il lorsque le juge d'appel ou de cassation considère erronée l'appréciation portée sur le lien unissant à l'affaire l'exception d'illégalité ?

Si le caractère nécessaire a été reconnu à tort, le sursis à statuer sera annulé ou cassé et le juge du fond devra reprendre l'instance sans prendre en compte l'acte administratif en cause. Le juge administratif saisi de la question préjudicielle ne pourra alors que prononcer un non lieu à statuer⁴⁷⁵.

⁴⁷² V. sur ce point, Civ. 1ère 28 octobre 1974, *Bull. Civ.*, I, n° 280.

⁴⁷³ V. sur ce point, TC 6 juillet 1957, *Préfet de la Seine c/ Saïac*, préc.

⁴⁷⁴ Sur tous ces points nous constaterons ultérieurement que l'appréciation du caractère opérant de l'exception d'illégalité par le juge administratif, juge de l'action, est sensiblement identique (v. infra, Deuxième Partie, Chapitre I, p. 235 et s.).

⁴⁷⁵ V. CE 19 avril 1907, *Ministre de la justice*, p. 353 ; CE 17 mai 1933, *Abbé Florens*, p. 536 ; CE Sect. 19 février 1937, *Société des marchés de Royan* ; CE 10 mai 1978, *Société coopérative de crédit maritime de Saint*

Si, au contraire, le caractère nécessaire a été écarté à tort, le juge du fond devra surseoir à statuer et renvoyer les parties devant le juge administratif compétent.

La seconde hypothèse vise le changement d'appréciation portée par un même juge sur la même exception d'illégalité. En pratique, après avoir estimé que la question était nécessaire au règlement de l'affaire, il revient sur son opinion et estime pouvoir trancher au fond sans s'intéresser à l'acte en cause⁴⁷⁶.

Lorsque le juge judiciaire statue ainsi sans attendre la réponse à ce qu'il avait antérieurement considéré comme une question préjudicielle, il doit montrer en quoi son appréciation initiale était erronée. En bref, il doit lui être possible de statuer sur le fond de l'affaire, faute pour l'exception d'illégalité d'en conditionner le règlement.

Il ne peut évidemment pas trancher lui-même l'exception car, ce faisant, il reviendrait non sur le caractère nécessaire de celle-ci, mais sur son interprétation de la séparation des pouvoirs.

Faute d'exemples issus de la jurisprudence judiciaire, seuls permettent d'illustrer ces développements deux arrêts du Conseil d'État dont les solutions sont transposables au cas d'une exception d'illégalité soulevée devant le juge judiciaire.

Dans une affaire Époux X, un tribunal administratif s'est vu reprocher d'avoir statué lui-même sur la question préjudicielle qu'il avait précédemment renvoyée aux juridictions judiciaires⁴⁷⁷. La solution est éclairée par un arrêt Époux Fillot dans lequel, confronté à un comportement similaire d'une juridiction inférieure, le Conseil d'État a estimé que "la solution du litige ayant continué à dépendre de la réponse donnée par le juge judiciaire"⁴⁷⁸, il était impossible au tribunal administratif de statuer au fond sans attendre la décision du juge de renvoi. C'est implicitement reconnaître

Quay Portrieux, p. 910 ; CE 16 janvier 1970, Mandereau, p. 1147 ; CE 30 juillet 1949, Demoiselle Saucier, p. 783 ; CE 13 décembre 1954, Juillet, p. 602.

⁴⁷⁶ Le changement d'appréciation inverse ne présente pas de difficulté particulière.

⁴⁷⁷ V. CE 26 juillet 1978, Époux X, p. 323.

⁴⁷⁸ V. CE 27 janvier 1982, Époux Fillot, p. 722.

que, si l'appréciation du caractère nécessaire avait été initialement erronée, le juge de l'action aurait pu trancher le litige sans attendre la réponse à une question devenue inutile.

La solution est parfaitement logique : elle n'autorise aucune atteinte au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire et reconnaît simplement au juge du fond un droit à l'erreur en matière d'existence d'une question préjudicielle. En effet, le juge du principal qui revient sur le caractère nécessaire de la question préjudicielle ne transforme pas celle-ci en question préalable, qu'il aurait compétence pour trancher, mais, plus simplement, il dénie à l'exception d'illégalité toute influence sur l'affaire.

Cette dernière établie, le juge judiciaire doit encore, avant de pouvoir prononcer un sursis à statuer, établir que le problème soulevé par voie d'exception présente une difficulté sérieuse.

B - L'appréciation de la légalité de l'acte doit se heurter à une difficulté sérieuse.

"Pour qu'il y ait question préjudicielle, il faut qu'il y ait une question (...) c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé"⁴⁷⁹. La formule de Laferrière est citée classiquement en guise de définition du caractère réel et sérieux de la difficulté soulevée par l'exception d'illégalité. La signification de cette exigence reste toutefois à préciser ainsi que l'appréciation qu'en donne le juge judiciaire.

⁴⁷⁹ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., 1887, T. I, p. 449.

1 - La signification de la condition.

Conditionner la reconnaissance d'une question préjudicielle à l'existence d'une difficulté réelle et sérieuse, permet au juge, une fois établi le caractère nécessaire de l'exception d'illégalité, d'apprécier si celle-ci, tout en s'avérant indispensable à la solution du litige, doit être renvoyée au juge administratif.

En d'autres termes, conçue pour éviter des renvois superflus d'un ordre à l'autre, l'exigence d'une difficulté sérieuse pourrait permettre au juge de l'action de retenir abusivement sa compétence.

a - Les raisons de l'exigence d'une difficulté réelle et sérieuse.

Subordonner le sursis à statuer au caractère nécessaire de l'exception d'illégalité est parfaitement logique. En est-il de même du caractère sérieux de la contestation ? Pourquoi refuser que toute contestation de la légalité d'un acte administratif oblige le juge du principal à renvoyer la question à son juge naturel ?

Deux considérations principales justifient cette nouvelle restriction à l'existence d'une question préjudicielle. D'une part, comme le reconnaissait Laferrière, pour qu'il y ait question préjudicielle encore faut-il qu'il y ait une question. D'autre part, même réelle, la question peut ne pas être sérieuse.

Procédure lourde et lente, le mécanisme des questions préjudicielles ne saurait être mis en oeuvre à mauvais escient. Or, bien qu'influant sur le fond de l'affaire, une exception peut ne pas constituer une question imposant d'en solliciter la réponse auprès de son juge naturel. L'exigence de la difficulté réelle permet ainsi au juge judiciaire d'écarter des moyens dilatoires ne soulevant aucune question, de fait ou de droit.

Force est de constater qu'en matière d'illégalité des actes administratifs, une exception, qui met en cause la légalité d'un tel acte, constitue, par nature une question. Elle vise, en effet, à obtenir du juge administratif une réponse à un

problème auquel se trouve confronté le juge de l'action et qu'il ne peut résoudre lui-même.

A l'inverse, un simple doute sur l'interprétation de l'acte peut ne pas se traduire par une question justifiant un sursis à statuer. Il en est ainsi, notamment, lorsque le sens recherché est expressément indiqué dans l'acte.

Nécessaire, le problème rencontré par le juge judiciaire peut donc se voir qualifier de question. Mais il ne le contraindra à surseoir à statuer que s'il semble suffisamment sérieux. En d'autres termes, il convient de s'assurer du caractère insurmontable de la difficulté. Si les arguments avancés par la partie, pour étayer ses incertitudes sur la question litigieuse, trahissent sa volonté de ralentir le cours de l'instance, le juge pourra alors refuser de renvoyer la question au juge administratif. L'appréciation du caractère sérieux est donc l'ultime vérification opérée par le juge de l'action avant de surseoir à statuer.

Après avoir constaté que le problème soulevé conditionne l'issue du procès, que ce problème constitue une véritable question à soumettre à un autre juge, il doit s'assurer qu'elle est suffisamment bien argumentée pour faire naître un doute et permettre au juge de renvoi de trancher.

Ces développements sur la finalité de l'exigence du caractère réel et sérieux de la difficulté sont restés volontairement théoriques. Ils laissent entrevoir certaines possibilités d'abus de la part du juge judiciaire de l'action.

b - La difficulté réelle et sérieuse et la séparation des autorités.

“Assurément, il est parfois difficile de distinguer entre la difficulté réelle et sérieuse devant laquelle le juge du fond doit surseoir et la difficulté purement apparente. Il y a là une appréciation qui, pour emprunter la langue philosophique, est souvent toute subjective”⁴⁸⁰. La marge d'appréciation du juge de l'action relativement

⁴⁸⁰ E. Laferrière, op. cit., p. 450.

au caractère réel et sérieux de la difficulté soulevée peut alors être source d'atteintes insidieuses au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

En effet, le juge judiciaire, pour accélérer le déroulement de l'instance, peut avoir la tentation de s'immiscer dans les pouvoirs du juge de l'exception et de nier la réalité et le sérieux de la difficulté rencontrée. Il lui est ainsi loisible, en jouant sur les critères d'existence de la question préjudicielle, de porter directement atteinte au principe de séparation.

Comment ne pas s'apercevoir qu'en déclarant non sérieuse la question soulevée, le juge de l'action porte, en fait, une appréciation sur les chances de succès de l'argumentation et donc préjuge de la réponse qu'aurait donnée le juge de renvoi ? La tentation est forte pour le juge judiciaire, devant lequel est soulevée une exception d'illégalité, de refuser de surseoir sous couvert d'une absence de difficulté réelle et sérieuse. Ce faisant, il se prononce cependant sur la légalité d'un acte de l'administration et, en conséquence, sur des questions de droit administratif.

Il convient, par ailleurs, de rappeler que, confronté à un problème d'interprétation, le juge du fond peut user d'un concept commode, l'acte clair. Ce dernier "est incontestablement l'instrument privilégié à la disposition du juge pour apprécier le caractère non sérieux de la difficulté"⁴⁸¹. En déclarant l'acte clair, il nie l'existence d'un doute sur le sens de l'acte⁴⁸², mais en imposant, par là-même, une certaine interprétation, qui n'est pas nécessairement celle du juge administratif.

Le vieil arrêt Rodier du Tribunal des conflits est significatif de ce danger et du contrôle qu'exerce le juge des compétences sur l'appréciation par le juge du fond du caractère de la difficulté : "en niant l'existence de la difficulté d'interprétation qui s'était présentée devant elle avec un caractère litigieux, la Cour d'appel n'a pu la faire disparaître et, en réalité, en déterminant, par voie d'interprétation, le sens et la

⁴⁸¹ J-F Flauss, *Les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Thèse Strasbourg, 1976, p. 76.

⁴⁸² V. TC 10 février 1949, Roubaud, p. 591.

portée du décret (...) elle a empiété sur le domaine administratif et a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs”⁴⁸³.

La dérive dont est susceptible l'exigence d'une difficulté réelle et sérieuse n'est, toutefois, qu'une éventualité. Le plus souvent, le juge judiciaire se livre à une appréciation stricte du caractère sérieux.

2 - L'appréciation de la difficulté réelle et sérieuse.

Le Tribunal des conflits a développé dans l'arrêt Rodier, précédemment cité, sa conception de la difficulté justifiant le sursis à statuer : “si les tribunaux ont le droit et le devoir d'appliquer les actes administratifs dont les dispositions claires et précises s'imposent aux parties et aux juges, il en est autrement quand le sens et la portée de ces actes ont donné lieu à des contestations sérieuses et à des explications diverses, manifestées par les conclusions et les plaidoiries”⁴⁸⁴.

La formule habituellement retenue aujourd'hui est plus concise : “le juge judiciaire ne peut surseoir à statuer en raison d'une question préjudicielle que si celle-ci présente un caractère sérieux et si sa solution est nécessaire au règlement du litige”⁴⁸⁵. Ce considérant de principe rassemble les deux conditions posées à l'existence d'une question préjudicielle, mais il n'est pas rare que le juge judiciaire se contente de déterminer le seul caractère réel et sérieux de la difficulté presumant alors implicitement sa nécessité pour le règlement du litige⁴⁸⁶.

Il paraît opportun de mettre à part, pour présenter l'appréciation par le juge judiciaire de la notion de difficulté réelle et sérieuse, l'hypothèse de l'existence d'un recours porté devant la juridiction administrative.

⁴⁸³ TC 20 mai 1882, Rodier, p. 527.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Civ. 1ère 26 juin 1990, pourvoi n° 89-10.574, source : Lexilaser ; v. également, Civ. 1ère 22 octobre 1998, pourvoi n° 90-12.549, source : Lexilaser.

⁴⁸⁶ V. par exemple, Crim. 8 novembre 1900, *DP* 1901, I, p. 255 ; TGI Paris 8 octobre 1968, *AJPI* 1968, p. 981, obs. Chapuisat ; *JCP* 1969, II, 15727 ; Soc 4 février 1988, *Bull Civ*, V, n° 89.

a - Le cas général.

Comme pour la détermination de l'influence de la question, le juge du fond reconnaît ou exclut souvent par simple prétérition la difficulté réelle et sérieuse⁴⁸⁷. Seuls doivent donc être retenus les arrêts contenant, sinon une démonstration, du moins une argumentation.

Le juge judiciaire procède, pour déterminer l'existence d'une difficulté réelle et sérieuse, à un examen de la vraisemblance des arguments avancés par les parties à l'appui de leur demande de sursis à exécution. A cet effet, le juge préjuge implicitement, non des chances de succès de l'exception d'illégalité, puisqu'il suffit que le moyen soit correctement présenté et ait l'apparence de la pertinence, mais de son caractère opérant et non manifestement irrecevable.

On ne peut manquer de rapprocher cette analyse de celle à laquelle se livre le juge administratif lui-même lorsqu'il est confronté à une demande de sursis à exécution d'un acte ou d'une décision juridictionnelle. En effet, la mesure sollicitée est également soumise à l'exigence du caractère sérieux des moyens avancés à son soutien. Mais, sur le fond, le contrôle n'est pas exactement identique dans la mesure où le juge administratif préjuge effectivement des chances de succès du recours en annulation dont il est saisi. Il est traditionnel d'affirmer que l'octroi du sursis à exécution signifie, le plus souvent, que l'acte en cause, qu'il soit administratif ou juridictionnel, sera annulé. C'est donc à un véritable examen sur le fond des moyens des parties que se livre le juge administratif.

Rien de tel lorsque le juge judiciaire est saisi d'une demande de sursis à statuer. Le seul énoncé de moyens de légalité suffit à établir l'existence d'une difficulté sérieuse. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris a-t-il noté dans un jugement du 8 octobre 1968 que les parties faisaient valoir à l'appui de l'exception

⁴⁸⁷ V. par exemple, Soc 5 mai 1970, *D Soc.* 1970, p. 516, note Savatier ; Soc 9 novembre 1977, *Bull Civ*, V, n° 614 ; Crim. 30 juin 1981, *Bull Crim*, n° 226 ; Crim. 15 juin 1982, *Bull Crim*, n° 161 ; Soc 14 mai 1987, *Bull Civ*, V, n° 311 ; Soc 4 février 1988, *Bull Civ*, V, n° 311 ; Soc 15 mars 1990, pourvoi 87-13.642, source : Lexilaser ; Civ. 1ère 7 janvier 1992, pourvoi n° 90-16.392, source : Lexilaser ; Soc 18 février 1993, pourvoi n° 91-12.516, source : Lexilaser ; Civ. 1ère, 18 octobre 1994, *JCP* 1994, IV, 2544.

d'illégalité d'un décret que, d'une part, en vertu d'une décision du Conseil constitutionnel, il serait intervenu dans le domaine législatif et, d'autre part, faute de contreseing par l'un des ministres chargés de son exécution, il serait entaché d'une illégalité externe⁴⁸⁸.

De la même manière, le caractère sérieux de la difficulté est, le plus souvent, dénié pour absence d'exposé de moyens de légalité. Ainsi, lorsqu'en matière criminelle, "le sens et la portée de [l'] acte n'ont fait l'objet d'aucune contestation sérieuse de la part du prévenu, lequel s'est borné à en dénier purement et simplement la légalité, sans indiquer aucun des vices dont, selon lui, l'arrêté pourrait se trouver affecté"⁴⁸⁹. Le juge judiciaire refuse également de surseoir à statuer lorsque les moyens invoqués, bien qu'apparemment sérieux, sont exactement les mêmes que ceux précédemment rejetés par le Conseil d'État saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'acte argué d'illégalité⁴⁹⁰.

L'attitude du juge de l'action est plus intéressante quand il apprécie réellement la pertinence des moyens invoqués par les parties.

Ainsi, saisi de l'exception d'illégalité d'une autorisation d'ester en justice délivrée par un conseil de l'Ordre des médecins à son président, a-t-il nié le caractère sérieux des moyens invoqués en affirmant "qu'aucune disposition légale n'impose au conseil de l'Ordre l'obligation de préciser dans l'autorisation d'ester en justice qu'il donne à son président, si les membres, ayant voix délibérative ou consultative, ont été régulièrement convoqués, ni de désigner nommément les

⁴⁸⁸ V. TGI Paris, 8 octobre 1968, préc.

⁴⁸⁹ Crim. 29 mars 1962, *JCP* 1962, II, 12728 bis, obs. Lamarque ; v. également, Com. 15 juin 1993, pourvoi n° 91-15.993, source : Lexilaser : "l'arrêt a relevé que la société... ne formulait aucune critique particulière à l'encontre de la licéité du contrat de concession ; ayant constaté qu'il n'existait aucune difficulté sérieuse en ce domaine, la Cour d'appel, qui n'a pas apprécié la légalité de cet acte administratif, a pu décider qu'elle n'était pas tenue d'accueillir la question préjudicielle soulevée".

⁴⁹⁰ "Est dénué d'intérêt le moyen soutenant que les juges du fond avaient violé le principe de la séparation des pouvoirs en écartant l'exception d'illégalité invoquée contre un arrêté ministériel au lieu de surseoir à statuer jusqu'à décision de la juridiction administrative, dès lors que le Conseil d'État a ultérieurement rejeté diverses requêtes formées contre le même arrêté et développant les mêmes arguments que ceux exposés devant le tribunal et déclarés par lui dépourvus de tout caractère sérieux" : Com. 23 mai 1960, *Bull Civ*, IV, n° 548 ; v. également, Soc 17 juin 1993, pourvoi 91-13.654, source : Lexilaser.

médecins qu'il décide d'assigner en recouvrement de leurs cotisations impayées"⁴⁹¹. Le juge civil prend donc parti sur la pertinence d'un moyen de légalité mais, notons-le, en raison de l'absence de texte permettant de le fonder.

Il est également possible de citer un arrêt de la Chambre sociale du 21 janvier 1987⁴⁹² dans lequel, après avoir constaté que "le débat portait, non sur la durée des effets de l'allégement institué par la loi du 3 août 1981, mais sur la détermination des salariés susceptibles d'y ouvrir droit en raison d'une augmentation de salaire liée directement au relèvement du SMIC intervenu au 1er juin 1981 ; à cet égard, l'article 23 de ladite loi, en son paragraphe III, a expressément laissé à un décret le soin d'apporter les précisions nécessaires, ce qui a été l'objet de l'article premier du décret du 27 novembre 1981", la cour en a conclu "qu'en l'absence de contestation sérieuse la commission de première instance était fondée à passer outre à l'exception d'illégalité proposée". Le vice allégué contre le décret n'était manifestement pas sérieux puisque le législateur avait expressément prévu la compétence du pouvoir réglementaire.

Plus remarquable encore est l'appréciation portée par la première Chambre civile⁴⁹³ sur le caractère sérieux d'un moyen relatif à une rupture de l'égalité : elle n'a pas hésité à écarter le moyen au terme d'une longue démonstration qui, à elle seule, suffisait à prouver qu'il soulevait une certaine difficulté...

Les formulations retenues par le juge civil pour dénier le sérieux de la difficulté invoquée sont également significatives. Le plus souvent, cela permet de reconnaître au juge du fond le pouvoir de "passer outre à l'exception d'illégalité proposée"⁴⁹⁴. Malgré l'originalité de l'expression, il convient de l'interpréter comme autorisant simplement le juge du fond à écarter les exceptions d'illégalité non sérieuses et à

⁴⁹¹ Civ. 1ère 26 juin 1990, pourvoi n° 89-10.574, source : Lexilaser.

⁴⁹² Soc 21 janvier 1987, pourvoi n° 84-12.449, source : Lexilaser ; v. également Soc 10 décembre 1992, pourvoi n° 90-17.645, source : Lexilaser, dans lequel, la partie prétendant que l'article R 244-2 du code de la sécurité sociale était intervenu dans une matière législative, la Cour de cassation lui a opposé le caractère réglementaire des règles de la procédure civile, en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution.

⁴⁹³ V. Civ. 1ère 22 octobre 1991, pourvoi n° 90-12.550, source : Lexilaser.

⁴⁹⁴ Soc 21 octobre 1987, préc ; v. également, Soc 10 décembre 1992, préc.

poursuivre l'instance. Cependant, certains arrêts constatent que "l'exception d'illégalité (...) ne revêtait pas un caractère suffisamment sérieux pour constituer une question préjudicielle"⁴⁹⁵. Cela incline à penser que certains moyens sérieux ne justifient pas le sursis à statuer. Force est alors de constater un glissement manifeste par rapport à la notion traditionnelle de difficulté sérieuse.

En effet, le juge judiciaire semble se réserver le droit de rejeter une question sérieuse dès lors qu'elle ne lui apparaît pas insurmontable. Il se reconnaît alors compétence pour trancher certaines questions de légalité qui ne lui semblent pas exagérément délicates.

Il y a là confirmation du relatif danger constitué par la notion même de difficulté sérieuse et que nous avons pressenti en exposant la signification. La situation ne pourrait-elle pas être, au contraire, favorable au juge administratif lorsque les parties font valoir, pour étayer le caractère sérieux de l'exception, qu'un recours pour excès de pouvoir a été parallèlement déposé ?

b - Le cas particulier : l'exercice parallèle d'un recours pour excès de pouvoir.

L'existence d'un recours direct exercé devant un juge administratif pour contester la légalité de l'acte en cause devant le juge judiciaire doit-elle influencer sur l'appréciation de caractère sérieux du moyen ? Trois solutions sont envisageables.

Le juge judiciaire peut d'abord considérer l'exception d'illégalité comme constituant une difficulté sérieuse en raison du seul exercice d'un recours devant une

⁴⁹⁵ Civ. 1ère 22 octobre 1991, préc.

juridiction administrative. Cette position, qui a été quelquefois retenue⁴⁹⁶, se justifierait par des considérations de bonne administration de la justice⁴⁹⁷.

Mais, outre qu'elles ne sont pas évidentes, aucun risque de contrariété de jurisprudence n'étant à craindre, il semble bien au contraire que le même souci devrait exclure une telle automaticité du sursis. Le danger serait grand, en effet, que les parties ne contraignent le juge judiciaire à surseoir à statuer en exerçant systématiquement des recours mêmes irrecevables ou non fondés. La liaison du caractère sérieux à l'exercice d'un recours devant le juge administratif n'est donc pas souhaitable et ne repose sur aucun fondement juridique.

Pour pallier les inconvénients de la première solution, tout en maintenant une certaine relation entre l'exercice d'un recours direct et l'existence d'une question préjudicielle, un deuxième comportement est envisageable. Il consisterait à autoriser le juge judiciaire à apprécier le sérieux des moyens invoqués à l'appui du recours devant le juge administratif. Ainsi, seraient considérées comme sérieuses les seules exceptions d'illégalité se rapportant à des actes attaqués au moyen d'arguments sérieux devant le juge administratif. Cette solution, apparemment logique, heurte cependant de front le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Cela explique qu'elle n'ait jamais été envisagée en jurisprudence.

Force est donc d'admettre l'absence de particularité de l'hypothèse étudiée. L'exercice d'un recours pour excès de pouvoir contre l'acte dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception, ne peut avoir aucune influence sur le caractère sérieux de la question soumise au juge judiciaire. Celui-ci doit trancher au regard des seuls éléments qui lui sont soumis : "le fait qu'une partie allègue devant le juge civil que le juge administratif est saisi d'un recours en appréciation de la légalité d'un décret, ne constitue pas, par lui-même, une question préjudicielle motivant un sursis à statuer, et la juridiction de l'ordre judiciaire à qui est opposée une exception

⁴⁹⁶ V. Civ. 1ère 10 décembre 1962, *Bull Civ*, I, n° 530 ; Civ. 1ère 22 mai 1963, *Bull Civ*, I, n° 271 ; Crim. 14 novembre 1963, *D* 1964, p. 265, obs. Debbasch ; Civ. 2ème 17 juin 1964, *Bull Civ*, II, n° 486 ; Soc 5 mai 1970, *D Soc*. 1970, p. 517, note Savatier.

⁴⁹⁷ V. J-F. Flauss, thèse préc., p. 70.

d'illégalité d'un texte réglementaire n'est tenue de surseoir à statuer que si cette exception présente un caractère sérieux..."⁴⁹⁸. L'application du droit commun est donc consacrée dans une telle hypothèse.

Nous avons décrit dans les développements précédents les pouvoirs du juge de l'action quant à l'appréciation de l'existence d'une question préjudicielle. La nécessité de celle-ci et son caractère de difficulté réelle et sérieuse établis, le juge judiciaire doit alors renvoyer les parties devant le juge administratif compétent.

§ 2 - LE JUGE DE L'EXCEPTION, JUGE DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE.

Le juge administratif saisi du recours en appréciation de légalité, exercé par les parties à la suite du sursis à statuer prononcé par le juge judiciaire, doit trancher l'exception d'illégalité. Quels sont alors ses pouvoirs ? Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire impose-t-il que la compétence du juge de renvoi soit entièrement liée ou l'autorise-t-il à remettre en cause certaines appréciations du juge de l'action ?

A l'égard de sa saisine comme de la réponse à la question préjudicielle, le juge administratif de renvoi dispose d'une compétence et de pouvoirs limités.

A - La compétence du juge de l'exception.

Le juge administratif ne se saisit pas spontanément des questions de légalité rencontrées par le juge judiciaire. Un jugement de renvoi formel suivi d'un recours en appréciation de légalité est nécessaire pour le saisir de l'exception d'illégalité

⁴⁹⁸ Civ. 1ère 19 juin 1985, *JCP* 1985, IV, p. 301. V. également, Civ. 1ère 24 janvier 1961, *Bull Civ*, I, n° 57 ; Crim. 2 mars 1971, *Bull Crim*, n° 72 ; Civ. 1ère 22 octobre 1991, pourvoi n° 90-12.549, source : Lexilaser ; et pour le cas où est seulement invoquée l'éventualité de l'exercice d'un recours devant le juge administratif, Civ. 2ème 17 janvier 1953, *Bull Civ*, II, n° 20.

invoquée contre un acte administratif. De ce fait, un simple sursis à statuer prononcé par le juge judiciaire ne suffit pas à admettre la recevabilité du recours en appréciation de validité⁴⁹⁹.

Doit être mentionnée, par ailleurs, une solution relative à la recevabilité d'un tel recours à l'encontre d'un acte dont le contentieux est normalement soumis à l'exercice d'un recours administratif obligatoire. La simplicité a prévalu ainsi qu'en témoigne un arrêt Lods : "les dispositions législatives qui, dans certains cas obligent les intéressés à former un recours devant une autorité administrative avant de pouvoir saisir le juge de l'excès de pouvoir, ne font pas obstacle à ce que la question préjudicielle de validité soit, sans que le préalable administratif ait été accompli, portée devant le juge administratif compétent pour y statuer"⁵⁰⁰.

Saisi d'un recours en appréciation de validité, le juge de renvoi, avant de statuer au fond, ne peut contester l'existence de la question préjudicielle mais seulement décliner sa compétence.

1 - L'incompétence du juge de l'exception quant à l'existence d'une question préjudicielle.

Il n'y a question préjudicielle qu'en cas d'incompétence du juge de l'action à l'égard d'une exception recevable. Le juge administratif de l'exception a-t-il qualité pour contester l'appréciation portée par le juge de l'action sur ces deux points ?

Laferrière déjà lui déniait semblable compétence. "La juridiction de renvoi ne saurait décliner le concours qui lui est demandé par le juge du fond, sous prétexte que celui-ci a eu tort de considérer comme préjudicielle une question qui n'était pas nécessaire au jugement du fond, ou qui était résolue d'avance par tel document de la cause, ou qui pouvait être appréciée par le juge du fond lui-même. De telles fins de

⁴⁹⁹ V. CE 17 juillet 1946, Waechter, p. 203 ; CE 16 février 1953, Consorts Yon, p. 73 ; CE 29 juin 1959, Secrétaire d'État à la reconstruction c/ Touché, p. 1064.

⁵⁰⁰ V. CE 4 février 1955, Lods, *D* 1955, p. 616, note J-M. Auby.

non-recevoir ne seraient pas seulement contraires aux rapports qui doivent exister entre des juridictions appelées à fournir l'une à l'autre un mutuel appui, et non à s'entraver par d'inutiles critiques ; elles constitueraient, en outre, un empiétement sur les pouvoirs du juge du fond : celui-ci est, en effet, le seul juge de la recevabilité de l'action portée devant lui et de l'intérêt que présentent les vérifications demandées, au point de vue du jugement du litige"⁵⁰¹.

a - L'appréciation de la compétence du juge de l'action.

Pour apprécier la validité de sa saisine, le juge de renvoi peut être tenté de supprimer la question préjudicielle à sa base. Lui est-il permis de contredire de la sorte les choix de compétence opérés par le juge judiciaire? Le juge de renvoi peut-il apprécier la compétence du juge du principal tant sur l'action que sur l'exception ?

□- La compétence sur l'action.

Le juge judiciaire peut se tromper sur sa compétence au fond et instruire un litige qui aurait du être porté devant un juge de l'ordre administratif. Toutefois, au cours de son examen une question préjudicielle apparaît. Saisi de cette dernière, le juge de renvoi peut-il critiquer l'appréciation de la compétence judiciaire sur le fond ?

Une réponse négative est traditionnelle : alors même qu'il aurait été seul compétent pour trancher le litige au fond, le juge administratif de renvoi doit répondre à la question préjudicielle⁵⁰².

Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire serait, en effet, directement violé si le juge de renvoi pouvait apprécier la compétence du juge de l'action. Même si ce dernier s'est trompé, il n'appartient pas à un juge de l'ordre

⁵⁰¹ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., 1887, T. I, p. 452.

⁵⁰² V. CE 8 janvier 1886, *Ville de Paris c/ Pinturier*, p. 15 ; CE 3 novembre 1934, *Compagnie des tramways électriques de Lille*, p. 1001.

juridictionnel opposé de le censurer. Seul le Tribunal des conflits est en mesure de le faire.

Dans certaines circonstances, le juge administratif pourrait, au mieux, requalifier le recours en appréciation de légalité en recours pour excès de pouvoir, mais il ne pourrait examiner le litige sur le fond.

□ - La compétence sur l'exception.

Le juge judiciaire peut également avoir méconnu sa compétence sur l'exception d'illégalité : il a estimé qu'elle constituait une question préjudicielle alors qu'elle relevait soit de sa compétence exclusive soit de sa compétence concurrente.

La situation du juge de renvoi et l'éventuelle dérive qu'elle pourrait autoriser ont été clairement exposées par M. Flauss. "Le fondement général avancé pour justifier l'obligation de statuer est le respect de l'autorité de chose jugée attachée au jugement de renvoi (...). Par l'intermédiaire du mécanisme préjudiciel se crée donc une véritable collaboration forcée entre les deux ordres de juridiction pouvant aboutir à une méconnaissance du principe de séparation. La question préjudicielle pourrait même devenir un moyen permettant à un juge d'un ordre juridictionnel d'obliger un juge de l'autre ordre de juridiction de prendre position sur une question donnée"⁵⁰³.

Ces risques ne doivent pas être surestimés.

Lorsque le juge judiciaire a renvoyé une question qui relevait de sa seule compétence, le juge de renvoi est incompetent pour la trancher. Il ne saurait donc, sauf erreur de sa part, se considérer comme lié par le renvoi et statuer, car il ajouterait à une erreur de compétence, une violation du principe de séparation des autorités. Il a donc le devoir de décliner sa propre compétence.

Cela ressort du considérant de principe que l'on trouve parfois reproduit dans les arrêts du Conseil d'État : "par application du principe de la séparation des

⁵⁰³ J-F. Flauss, thèse préc., p. 124.

autorités administrative et judiciaire, la juridiction administrative est tenue de se prononcer sur les questions préjudicielles qui lui sont renvoyées par l'autorité judiciaire et il n'est fait exception à cette règle qu'au cas où la juridiction administrative serait elle-même incompétente pour connaître de la question préjudicielle soumise à son examen⁵⁰⁴.

La démonstration de l'incompétence de la juridiction administrative, nécessaire pour autoriser le rejet du recours en appréciation de légalité, ne peut évidemment se faire sans signaler l'erreur commise par le juge judiciaire⁵⁰⁵. Il n'y a là aucune violation du principe de séparation et il convient de remarquer la discrétion du Conseil d'État, qui ne donne aucune leçon au juge judiciaire⁵⁰⁶.

Lorsque le juge du fond méconnaît sa compétence exclusive en renvoyant une question, qui n'était que préalable, l'autorité de renvoi, contrainte de décliner sa compétence, doit mettre en oeuvre la procédure préventive de règlement des conflits négatifs.

Les craintes quant à une collaboration forcée et inutile du juge de renvoi à la solution du litige dont est saisi le juge judiciaire, sont, cependant, fondées lorsque ce dernier a méconnu sa compétence concurrente. Cette expression désigne, en matière d'exception d'illégalité, les hypothèses dans lesquelles le juge judiciaire aurait dû, par dérogation au principe de séparation, statuer lui-même sur la question⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ CE 6 février 1956, *Sieur X*, p. 55. V. également, CE 28 février 1964, *Commune de Lacanau*, p. 152 ; CE 13 mars 1970, *Société nouvelle de transports spécialisés*, p. 184.

⁵⁰⁵ V. pour des cas d'exception d'illégalité d'actes de droit privé, CE 26 février 1936, *Fabre*, p. 254 ; CE Sect. 1^{er} juin 1945, *Ducet*, p. 115 ; CE 29 octobre 1952, *Société d'Aubigny-Plage*, p. 475 ; CE 19 novembre 1954, *Paulet*, p. 602. V. également, mais ne concernant pas des exceptions d'illégalité, CE 27 juillet 1932, *Époux Berry*, p. 799 ; CE 13 juillet 1938, *Batté*, p. 1004 ; CE 28 décembre 1938, *Thoury*, p. 1000 ; CE Sect. 29 avril 1955, *Consorts Noual*, p. 228.

⁵⁰⁶ V. cependant la formulation légèrement ironique de l'arrêt *Batté*, préc. : "tout en retenant la connaissance des fins de la demande, la Cour d'appel de Nancy a néanmoins renvoyé à la juridiction administrative l'interprétation - suivant elle, préjudicielle - de la clause de cette convention qui fait l'objet du différend..."

⁵⁰⁷ Sur ces hypothèses, v. *supra*, Chapitre I, p. 80 et s.

Il peut paraître étrange que le juge judiciaire, plutôt prompt à accroître sa compétence en matière de légalité, n'use pas des facultés, conquises pas à pas, dont il dispose à cet égard. Mais la situation n'est pas rare. Cet accès de timidité du juge de l'action peut résulter soit d'une inadvertance soit d'un calcul.

Le juge du fond peut, en premier lieu, surseoir à statuer par inadvertance. Ainsi, en matière d'actes relatifs à des impôts indirects⁵⁰⁸ ou de règlements de police⁵⁰⁹, les juges judiciaires ont, parfois, refusé d'exercer un contrôle de légalité.

Il peut, en second lieu, surseoir à statuer par calcul. C'est ainsi qu'est traditionnellement expliquée la vague de questions préjudicielles renvoyées par des juges pénaux au début de ce siècle. Elles visaient, le plus souvent, des règlements municipaux relatifs aux sonneries de cloches. Les juges de simple police, qui étaient pourtant compétents, utilisaient sciemment la procédure de la question préjudicielle pour obtenir la censure d'un vice de légalité qu'ils ne pouvaient apprécier, le détournement de pouvoir⁵¹⁰.

Le Conseil d'État, dans un cas comme dans l'autre, n'a pu que constater sa compétence pour statuer sur l'exception d'illégalité. Dans sa note sous l'arrêt *Mis, M. Ruzé* prétendait cependant que "le Conseil d'État eût (...) pu opposer une fin de non recevoir et se refuser à statuer en l'absence d'une véritable question préjudicielle à trancher"⁵¹¹. La solution contraire doit toutefois prévaloir.

Certes, le juge de l'action est, dans l'hypothèse considérée, juge de l'exception, mais, nous l'avons vu précédemment, le juge de renvoi ne doit pas, en raison de la séparation des autorités, se prononcer sur la compétence du juge du principal, fût-ce au sujet de l'exception. Si le Conseil d'État accepte de statuer sur

⁵⁰⁸ V. CE 8 mars 1935, *Société des grands moulins de Toulouse*, p. 312 ; CE 2 mai 1947, *Société Ratié frères* p. 172.

⁵⁰⁹ V. à cet égard, les nombreux arrêts cités par J-F. Flauss, thèse préc., p. 151.

⁵¹⁰ V. par exemple, CE 15 mai 1908, *André*, p. 519 ; CE 9 février 1912, *Abbé Petit*, p. 186 ; CE 5 février 1921, *Mis, D* 1923, 3, p. 21, note R. Ruzé ; CE 20 mars 1925, *Abbé Pouzineau*, p. 288 ; CE 7 mai 1926, *Sourisse*, p. 461 ; CE 26 janvier 1929, *Abbé Retailleau*, p. 108 ; CE 28 octobre 1931, *Néauport*, p. 910 ; CE Sect. 12 octobre 1934, *Simon*, p. 916. V. également les nombreux arrêts cités par J-F. Flauss, thèse préc., p. 150, et, pour un renvoi contemporain de l'appréciation des motifs d'une interdiction de circulation de journeaux en langue étrangère, *Crim.* 6 juillet 1972, *Bull. Crim.*, n° 233.

⁵¹¹ R. Ruzé, note sous CE 5 août 1921, *Mis*, préc.

des questions ce n'est pas parce qu'il les considère comme réellement préjudicielles mais parce qu'il a compétence pour y répondre. Il ne prend parti que sur sa propre compétence et non sur celle du juge judiciaire. Opposer une fin de non-recevoir constituerait donc une nouvelle erreur sur la compétence doublée d'une atteinte au principe de séparation.

Le mécanisme de la question préjudicielle permet, néanmoins, au juge du fond de solliciter un avis des plus autorisés sur un moyen qu'il aurait pu connaître. Il s'agit, en fait, d'un retour à un strict respect du principe de séparation, le juge judiciaire préférant ne pas user de sa compétence concurrente⁵¹².

M. Flauss a montré l'inconvénient d'un tel procédé. "L'excès de timidité des juges judiciaires du fond, notamment civils, conduit non seulement à un abandon de compétence dans une matière où le plus fréquemment ils disposent d'une plénitude de juridiction, mais aussi à une "capitulation" sans condition, dans la mesure où la solution du litige au fond est dictée par la réponse à la fausse question préjudicielle"⁵¹³. D'un point de vue "publiciste", il n'est pourtant que de s'en féliciter.

Au terme de ces développements consacrés aux pouvoirs du juge de renvoi à l'égard de la compétence du juge judiciaire, il apparaît qu'il ne peut remettre en cause celle-ci, sauf s'il est lui-même incompétent pour statuer sur l'exception soulevée. Mais il est alors moins juge de la compétence judiciaire que de la sienne.

b - L'appréciation de la recevabilité de la question préjudicielle.

Il n'appartient pas au juge de renvoi d'apprécier les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité devant le juge judiciaire. Un arrêt du Conseil d'État est, à cet égard dépourvu de toute ambiguïté : "le tribunal administratif, saisi par le conseil de prud'hommes de Paris de la question de la légalité de la décision implicite autorisant la société Thomson CSF à licencier Monsieur ..., était tenu de répondre à

⁵¹² Ou n'ayant pas compris qu'il aurait pu faire jouer celle-ci.

⁵¹³ J-F. Flauss, thèse préc., p. 162.

cette question ; il ne lui appartenait pas de se prononcer sur le point de savoir si l'exception d'illégalité soulevée devant le conseil de prud'hommes était recevable"⁵¹⁴.

Le principe de séparation interdit au juge de renvoi de contester tant les conditions de recevabilité tenant à l'acte argué d'illégalité que celles tenant au caractère sérieux et nécessaire de l'exception.

□- L'appréciation de la recevabilité de l'exception d'illégalité.

L'exception d'illégalité d'un acte administratif obéit, lorsqu'elle survient devant le juge administratif, à des règles de recevabilité tenant, principalement, à la nature de l'acte et aux délais de recours contre lui.

- Ces règles sont-elles propres à ce cas ou s'imposent-elles également au juge judiciaire ? La question se pose avec une particulière acuité lorsque l'exception d'illégalité est pour lui une question préjudicielle. Saisi, le juge administratif peut-il faire respecter les conditions de recevabilité qui gouvernent l'exception en contentieux administratif ou est-il lié par l'appréciation portée par le juge du fond ?

Le juge judiciaire de l'action apprécie la recevabilité de l'exception d'illégalité selon des critères qui lui sont propres. La question est alors résolue suivant les règles de procédure qu'il met usuellement en oeuvre, celles de la procédure civile ou pénale.

La preuve en est trouvée dans l'application aux exceptions d'illégalité de l'article 74 du nouveau code de procédure civile concernant les exceptions de procédure. La Cour de cassation en déduit que la question préjudicielle de légalité ne saurait être soulevée pour la première fois devant elle⁵¹⁵ sous peine d'irrecevabilité. Bien que discutable, dans la mesure où les exceptions d'illégalité devraient être

⁵¹⁴ CE 28 mars 1984, Société Thomson CSF, *DA* 1984, n° 241.

⁵¹⁵ V. Civ. 1ère 20 juillet 1976, *Bull Civ*, I, n° 273 ; *JCP* 1977, II, 18581, obs. Bétan-Robert ; Soc 3 juillet 1990, *Bull Civ*, V, n° 340.

rangées parmi les défenses au fond visées par l'article 72 du code, cette assimilation témoigne de l'autonomie des conditions de recevabilité devant le juge judiciaire. Il ne tient pas compte de la jurisprudence administrative relative aux actes susceptibles d'être excipés d'illégalité et aux délais dans lesquels l'exception est recevable⁵¹⁶.

Un tel comportement peut choquer puisqu'il crée un régime de recevabilité différent selon le juge saisi du recours principal. Il est cependant parfaitement rigoureux puisque l'exception d'illégalité n'est qu'un moyen présenté au juge et soumis aux dispositions qui régissent cette catégorie. Comme les codes de procédure civile ou pénale ne contiennent aucune disposition particulière à l'égard de l'exception d'illégalité, seul le droit commun s'applique, fût-il inadapté au problème.

Cette inadaptation pourrait néanmoins inciter à une évolution. Rien n'interdit en droit au juge judiciaire de transposer la jurisprudence administrative et d'unifier les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte administratif. Nombre d'auteurs se sont prononcés en ce sens, principalement au sujet des conditions de recevabilité temporelles⁵¹⁷. Il semble toutefois, que du seul point de vue de l'opportunité, l'évolution souhaitée ne soit pas exempte d'inconvénients.

D'une part, le juge judiciaire, comme les plaideurs seraient confrontés à de grandes difficultés tant le contentieux administratif est souvent complexe, parfois même byzantin. D'autre part, l'abandon de règles actuellement frustes mais corrélativement très souples serait vécu comme un recul.

Il semble donc préférable que le juge judiciaire applique, en matière d'exception d'illégalité, les règles qui lui sont propres et inopportun qu'il adopte celles élaborées par le juge administratif.

Le débat n'est cependant pas clos. Le juge administratif, saisi de la question préjudicielle, peut-il contester l'appréciation portée par le juge judiciaire sur la

⁵¹⁶ V. infra, p. 209.

⁵¹⁷ V. infra, ibid.

recevabilité de l'exception ? La réponse ne peut qu'être négative. Le seul problème de recevabilité qu'il lui appartient de trancher est celui du recours en appréciation de validité par lequel lui est soumise l'exception. Il n'a pas qualité pour apprécier la recevabilité de celle-ci devant le juge judiciaire. Le principe de séparation des autorités s'y oppose radicalement.

Le recours en appréciation de validité n'est soumis à d'autres exigences que celle de l'existence d'un jugement de renvoi et celle de la qualité de partie au litige principal du demandeur. Le juge administratif par ce biais ne saurait écarter des exceptions d'illégalité irrecevables au regard de sa propre jurisprudence.

La recevabilité relève de la compétence du juge incompetent - le juge du fond - et échappe à celle du juge compétent - le juge de renvoi.

L'analyse jurisprudentielle permet d'illustrer la démonstration.

- Seul le juge de l'action est juge de la recevabilité de l'exception d'illégalité. Son opinion ne peut être contestée, à l'occasion du recours en appréciation de validité, par le juge administratif. Ce dernier doit répondre à la question posée alors même que l'acte serait par sa nature ou son caractère définitif insusceptible d'être excipé d'illégalité.

Le Conseil d'État ne semble avoir eu qu'une seule occasion de déterminer si l'acte argué d'illégalité était ou non susceptible de recours. Il s'agit de l'arrêt Lesage⁵¹⁸, vigoureusement critiqué par le professeur Delvolvé. Le juge administratif était saisi simultanément d'un recours en appréciation de légalité et d'un recours pour excès de pouvoirs dirigés contre une circulaire. Or, après avoir reconnu son caractère purement interprétatif et rejeté le recours direct comme irrecevable, car exercé contre un acte insusceptible de recours, il a logiquement renouvelé son affirmation sur le recours en appréciation, mais en déclarant la circulaire illégale.

⁵¹⁸ V. CE Sect. 19 juin 1981, Lesage, *D* 1981, IR, p. 519, obs. Delvolvé.

Il n'est point besoin de s'appesantir sur le paradoxe : "ou une circulaire, n'ajoutant rien à l'état du droit, est seulement interprétative et, faute, par là même de méconnaître une norme juridique, elle ne peut être déclarée illégale ; ou bien contredisant une solution antérieure, elle est réglementaire, et illégale si la mesure qu'elle édicte échappait au pouvoir de son auteur"⁵¹⁹.

Seul nous intéresse le "raisonnement" ayant abouti à cette solution. Comme le démontre le commentateur, le Conseil d'État s'est fondé sur ce que le recours en appréciation de légalité n'est pas soumis aux conditions posées pour l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir et en a déduit que le caractère non réglementaire de la circulaire était sans importance.

Le juge de renvoi semble donc devoir s'incliner devant l'appréciation portée par le juge de l'action sur la nature de la décision attaquée. Il doit répondre à la question préjudicielle même si l'acte est insusceptible de recours direct. Tel était le cas en l'espèce puisqu'il statue au fond sur le renvoi après avoir rejeté le recours pour excès de pouvoir.

Le professeur Delvolvé cite, pour critiquer la solution, certains arrêts dans lesquels le Conseil d'État aurait exigé que la question préjudicielle porte sur un acte à caractère de décision⁵²⁰. Il semble, toutefois, qu'ils portent plus sur la détermination du caractère administratif de l'acte, entraînant la compétence du juge administratif, que sur son caractère décisoire.

Au regard de la seule jurisprudence pertinente, l'arrêt Lesage, il convient d'affirmer la compétence liée du juge de renvoi quant à l'appréciation par le juge judiciaire du caractère de décision susceptible de recours de l'acte en cause. Bien que l'arrêt Lesage paraisse d'une rigueur très incertaine sur le fond, la conclusion

⁵¹⁹ P. Delvolvé, obs. préc.

⁵²⁰ Il s'agit des arrêts CE 14 novembre 1924, Chartier, p. 892 ; CE 29 octobre 1952, Société d'Aubigny - Plage, p. 475 ; CE 20 janvier 1965, Courvoisier, p. 39. Le professeur Delvolvé cite également un arrêt du Tribunal des conflits (TC 27 janvier 1964, Société anonyme commerciale et agricole, p. 789) niant l'existence d'une question préjudicielle en l'absence de caractère décisoire de l'acte en cause. Mais cette solution témoigne seulement de ce que le Tribunal des conflits souhaite voir respectées, par le juge judiciaire, les règles de recevabilité, et n'autorise aucune déduction quant aux pouvoirs du juge de renvoi.

proposée est la seule compatible avec le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

Le juge administratif pourrait contrôler la nature de la décision renvoyée s'il s'agissait d'une condition de recevabilité du recours en appréciation de légalité. Il rejetterait alors les questions préjudicielles relatives à des mesures d'ordre intérieur ou à des circulaires non réglementaires. Mais une telle condition n'existe pas. Saisi d'une circulaire, il doit donc rejeter au fond le recours si elle n'est qu'interprétative.

La soumission ou non de l'exception d'illégalité des actes administratifs devant le juge judiciaire aux délais de recours existant dans l'ordre administratif fait, depuis longtemps, l'objet de controverses.

Il convient, pour tenter d'éclaircir le débat, de distinguer plusieurs questions. D'une part, l'exercice du recours en appréciation de légalité est-il soumis à des conditions de délai ? D'autre part, le juge judiciaire doit-il respecter les délais dans lesquels est recevable l'exception d'illégalité ? Enfin, le juge administratif peut-il remettre en cause l'appréciation du juge judiciaire sur ce point ?

“Une question est de savoir si, en règle générale, les parties doivent respecter certaines conditions de délai pour saisir le juge administratif de la question préjudicielle constatée par le juge judiciaire. Ce délai est évidemment à décompter du jour du jugement de sursis à statuer rendu par le juge judiciaire et invitant les parties à saisir le juge administratif. Une jurisprudence, parfois critiquée, mais solidement établie, décide qu'un tel délai n'existe pas. Lors même que le juge judiciaire impartit certains délais aux plaideurs pour porter la question préjudicielle devant le juge administratif, ces délais ne s'imposent ni aux parties ni au juge de renvoi qui déclare recevable un recours en appréciation de légalité formé après l'expiration du délai”⁵²¹.

Il suffit d'ajouter que le Conseil d'État considère, à ce sujet, que “la recevabilité des requêtes en appréciation de validité n'est pas soumise aux

⁵²¹ Y. Gaudemet, note sous CE 8 mai 1981, *Ministre du Travail c/ Hertel*, *RD* 1982, p. 176.

conditions prévues pour l'exercice du recours pour excès de pouvoir⁵²², solution approuvée par la Cour de cassation⁵²³ dans sa jurisprudence la plus récente.

Aucun délai n'est donc imparti à compter du sursis à statuer, à peine d'irrecevabilité, pour l'exercice du recours en appréciation de légalité. Le juge administratif ne rejettera donc jamais pour un tel motif une question préjudicielle à lui renvoyée.

Nous verrons, cependant, ultérieurement que le juge administratif, s'il considère comme perpétuelle l'exception d'illégalité des règlements, écarte comme irrecevable celle des actes individuels définitifs⁵²⁴. La question s'est donc posée de savoir si le juge judiciaire est tenu de respecter ces règles de délai.

Quoique marquée par quelques hésitations, il semble que la jurisprudence judiciaire exclut toute condition de délai. Seules peuvent être invoquées deux décisions de la Cour de cassation où, en raison de leur caractère définitif, des actes non réglementaires ne purent faire l'objet d'une exception d'illégalité⁵²⁵.

La solution fut critiquée par le professeur Lagarde en raison, d'une part, de son caractère restrictif, puisque, le plus souvent, l'acte en cause devant un juge judiciaire n'aura pas été attaqué à temps et, d'autre part, de son inopportunité à une

⁵²² CE 27 septembre 1985, Société Usinor c/ Inouri, *RDP* 1986, p. 842, note Y. Gaudemet ; v. également, CE 4 juillet 1913, Abbé Péchon, p. 798 ; CE 29 juillet 1925, Harizi, p. 733 ; CE Sect. 22 juillet 1938, Société des établissements Brossette et fils, p. 717 ; CE 8 novembre 1961, Commune de Sospel, p. 633 ; CE 8 mai 1981, Ministre du Travail c/ Hertel, préc. ; TA Strasbourg 29 mars 1983, Inouri, *D* 1984, p. 483, note J-Y P.

⁵²³ V. Civ 1ère 24 octobre 1979, *Bull Civ*, I, n° 258 et surtout Civ. 3ème 21 janvier 1984, *Bull Civ*, III, n° 24.

⁵²⁴ V. infra Deuxième Partie, Chapitre II, p. 433 et s.

⁵²⁵ V. Civ. 1ère 12 juillet 1967, *Bull Civ*, I, n° 260 : “le pourvoi reproche encore aux juges d’appel de n’avoir pas ordonné un sursis à statuer devant permettre à la juridiction administrative de se prononcer sur la question préjudicielle que constituerait la contestation de la légalité de l’arrêté de reconnaissance ; mais la Cour n’avait pas à ordonner un sursis à statuer dès lors qu’aucune question préjudicielle ne se posait en la cause, à raison du caractère définitif de la décision de classement”. V. également, Civ. 1ère 25 janvier 1983, *RCDIP* 1983, p. 435, note P. Lagarde : “...selon le pourvoi, (...) le juge judiciaire saisi d’une exception d’illégalité de ce décret parce qu’intervenu après l’expiration du délai de 6 mois prévu aux articles 3 de l’ordonnance du 21 juillet 1962 et 106 et 107 du code de la nationalité, était incompétent pour statuer sur la légalité de ce décret, question préjudicielle ressortissant à la compétence de la juridiction administrative, et qui n’est enfermée dans aucun délai ; mais attendu que l’exception d’illégalité n’est pas perpétuelle à l’encontre des actes non réglementaires (...) en relevant que ce décret, régulièrement notifié à l’intéressé, n’avait fait l’objet d’aucun recours en annulation dans les délais légaux, la Cour d’appel en a justement déduit qu’il devait produire ses entiers effets”. Un arrêt du 14 janvier 1975 (Civ 3ème, *Bull Civ*, III, n° 9) est parfois cité au soutien de cette jurisprudence mais sa formulation ambiguë en rend fort difficile l’interprétation et n’autorise aucune conclusion quant à la question présente.

époque où le juge administratif lui-même multiplie les hypothèses de dérogation à l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité contre les actes individuels définitifs.

Inversement, le professeur Gaudemet s'est demandé s'il n'est "pas raisonnable de considérer que le juge judiciaire, comme le juge administratif, ne peut être utilement saisi par voie d'exception de la légalité d'un acte administratif individuel que si la demande contenant ce moyen est déposée devant lui dans le délai du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'acte individuel contesté"⁵²⁶. En effet, aucune considération ne paraît justifier la différence de traitement d'une telle exception d'illégalité, selon qu'elle est soulevée devant un juge judiciaire ou devant un juge administratif.

Cela a conduit M. Gaudemet à proposer une nouvelle approche de la question. "Sans doute, le juge judiciaire n'est pas lui-même compétent pour opposer ce délai à la demande, mais n'appartient-il pas au juge administratif saisi sur renvoi de le faire, constatant simplement, par application des principes habituels, qu'une saisine tardive du juge judiciaire n'a pu interrompre le délai de contestation de l'acte individuel ?"⁵²⁷.

Cela a déjà été démontré : en rejetant pour irrecevabilité l'exception d'illégalité, le juge judiciaire ne s'intéresserait qu'à un problème de recevabilité de procédure civile ou pénale. Or, aucune disposition n'y figure limitant la recevabilité temporelle des exceptions d'illégalité. En effet, l'obligation, signalée antérieurement, de soulever l'exception *in limine litis* n'interdit pas, dans cette mesure, d'invoquer l'illégalité d'un acte non réglementaire définitif.

Il reste néanmoins que le juge judiciaire pourrait désirer aligner sa jurisprudence sur celle du juge administratif⁵²⁸. Or, au regard de la subtilité de certaines règles de délai, il paraît souhaitable qu'il considère toute exception

⁵²⁶ Y. Gaudemet, note sous CE 8 mai 1981, *Ministre du Travail c/ Hertel*, préc.

⁵²⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Les arrêts de la Cour de cassation cités plus haut prouvent manifestement que le juge judiciaire s'estime compétent mais leur nombre restreint traduit simplement ses hésitations quant à l'opportunité d'une telle solution.

d'illégalité perpétuelle plutôt que de risquer de commettre des erreurs. Naturellement, cette position a l'inconvénient de maintenir une différence entre les deux ordres de juridiction. N'est-elle pas, cependant, favorable aux justiciables qui, au moins devant le juge judiciaire, bénéficient d'une exception perpétuelle⁵²⁹ ?

En outre, que la règle posée par le juge administratif connaît effectivement des assouplissements de plus en plus fréquents et, au surplus, qu'elle mériterait d'être profondément corrigée⁵³⁰. La décision est donc entre les mains du juge judiciaire. C'est d'ailleurs la seconde réserve qu'il semble possible d'apporter à l'affirmation du professeur Gaudemet.

Cet auteur affirme que le juge administratif doit soulever l'irrecevabilité de l'exception à l'occasion du recours en appréciation de validité. Est ici en cause la troisième et dernière question relative à l'autorité compétente pour sanctionner le respect des règles de recevabilité de l'exception d'illégalité.

Le juge administratif peut-il contester l'appréciation portée par le juge judiciaire sur la recevabilité, au regard des conditions de délai, de l'exception d'illégalité ? A n'en pas douter, la réponse doit être négative. Cette appréciation est un problème de

⁵²⁹ L'exception d'illégalité d'un acte administratif devant le juge judiciaire est-elle réellement perpétuelle ou se prescrit-elle par trente ans ? La seconde hypothèse a été retenue par Lacroix : "Alors même que les délais du recours pour excès de pouvoir sont expirés, un règlement administratif peut être déclaré illégal par l'autorité administrative si le plaideur agit par la voie du recours en appréciation de validité qui peut-être formé pendant trente ans" (J. Lacroix, *L'appréciation de la légalité des règlements administratifs par les tribunaux judiciaires*, Thèse Nancy, 1931, p 73). Cette affirmation prête cependant à discussion. D'une part, le juge administratif n'a jamais consacré le principe d'une prescription trentenaire du recours en appréciation de validité. Comme "le principe est que le caractère administratif d'une juridiction provoque le rejet des règles de procédure civile" (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 4ème éd., Montchrestien 1993, n° 141), il n'y a aucune raison d'appliquer en la matière une prescription purement civiliste. D'autre part, ce n'est pas tant la recevabilité temporelle du recours en appréciation de validité que celle de l'exception d'illégalité qui importe. Or, à ce sujet, il convient de se référer aux règles civilistes. "Si, après l'expiration du délai de trente ans (...), le créancier poursuit l'exécution de l'acte nul, la jurisprudence maintenant l'adage traditionnel, *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, reconnaît à son adversaire le droit de se prévaloir encore de la nullité par voie d'exception, par ce motif que la formule générale de l'article 2262 ne s'applique qu'aux actions et non aux exceptions (...). La distinction ainsi établie entre l'action et l'exception est justifiée quand il s'agit d'une nullité d'ordre public : ne pas consacrer en pareil cas, le caractère perpétuel de l'exception de nullité, ce serait permettre à celui qui agirait en vue de réaliser l'acte prohibé par la loi, d'obtenir à cette fin le concours de la justice, ce qui serait plus grave que d'admettre la consolidation d'un état de fait existant depuis plus de trente ans, en oubliant son origine irrégulière (...). Pour que l'adage "*quae temporalia...*" soit recevable, il faut qu'il soit opposé par celui qui n'a pas exécuté la convention entachée de nullité à celui qui en poursuit l'exécution contre lui : la maxime ne peut être invoquée que par la partie qui n'a pas exécuté l'acte qu'elle attaque" (E. Becqué, *JCP* 1951, II, 5945). Tel est le cas devant le juge judiciaire de l'exception d'illégalité qui semble donc réellement perpétuelle.

⁵³⁰ V. infra, Deuxième Partie, Chapitre I, p. 235 et s.

procédure civile ou pénale à propos duquel le juge administratif, en raison du principe de séparation des autorités, est rigoureusement incompétent. Il lui appartient seulement d'apprécier la recevabilité du recours en appréciation de légalité et non celle de l'exception. Si ce recours n'est soumis à aucune condition de délai, cela ne change rien : le juge administratif n'a aucune règle de délai à appliquer aux questions préjudicielles qui lui sont soumises.

Cette conclusion est d'ailleurs corroborée par une jurisprudence abondante et explicite. Ainsi, dès 1925, dans un arrêt Harizi, est-il expliqué que, "les particuliers ayant présenté au Conseil d'État non pas un recours tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 12 septembre 1919 mais une requête tendant à faire décider que la procédure administrative de cession des parcelles litigieuses avait été irrégulière, la requête ainsi formée en exécution de l'arrêt précité n'est pas soumise aux délais prévus par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, et le fait que le décret du 12 septembre 1919 n'a pas été déféré au Conseil d'État dans ces délais ne peut faire obstacle à l'examen par le Conseil d'État de la validité des actes administratifs dont s'agit"⁵³¹.

La proposition de M. Gaudemet paraît également écartée par le juge administratif dans les arrêts qu'il commente: "le recours en appréciation de validité d'un acte administratif sur renvoi de l'autorité judiciaire n'est soumis à aucune condition de délai ; ainsi la société Sodeteg n'est pas fondée à soutenir que la requête de Monsieur Hertel serait tardive, au motif que ce dernier n'aurait pas contesté dans le délai de recours contentieux la décision de l'inspecteur du travail"⁵³².

⁵³¹ CE 29 juillet 1925, Harizi, p. 733. V. également, CE 26 mars 1920, Collombet, p. 320 : "par jugement en date du 9 octobre 1917, le conseil de guerre de la 14ème région a sursis à statuer sur les poursuites engagées contre le sieur Collombet (...) jusqu'à ce que l'autorité compétente se soit prononcée sur la validité de la décision du conseil de révision (...) en date du 23 avril 1907 qui a classé le sieur Collombet "bon absent" ; dans ces circonstances, la requête susvisée ne rentrait pas parmi celles qui, en vertu de l'article 24 de la loi du 13 avril 1900, doivent à peine de nullité être présentées dans le délai de deux mois à compter de la notification de l'acte attaqué" ; v. enfin, CE 4 juillet 1913, Abbé Péchon, p. 798 ; CE 9 février 1923, de Lavalette-Mombrun, p. 135 ; CE Sect. 22 juillet 1938, Société des établissements Brossette et fils, p. 717 ; CE 8 novembre 1961, Commune de Sospel, p. 633.

⁵³² CE 8 mai 1981, Ministre du Travail c/ Hertel, préc. ; v. également CE 27 septembre 1985, Société Usinor c/ Inouri, préc. : "la recevabilité des requêtes en appréciation de validité n'est pas soumise aux conditions posées

Le juge administratif n'apprécie que la recevabilité du recours en appréciation de légalité et, faute pour ce dernier d'être subordonné à des conditions de délai, il ne lui appartient pas de mettre en doute la recevabilité devant le juge judiciaire de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire définitif.

□- L'appréciation des caractères nécessaire et sérieux de la question.

Le principe de la séparation des autorités interdit au juge de l'exception de critiquer l'appréciation portée par le juge de l'action sur les conditions de recevabilité tenant à l'acte argué d'illégalité. Il s'oppose également à la remise en cause des caractères de la question soumise au juge du fond. Bien qu'il lui semble qu'elle ne soit ni nécessaire à la solution du litige, ni réelle et sérieuse, il est tenu d'y répondre.

La solution a été posée par l'arrêt Société anonyme La Brasserie Bruaysienne dans lequel, saisi d'un recours en interprétation, le Conseil d'État a statué "bien que l'interprétation (...) donnée de la convention du 12 août 1913 ne rende pas nécessaire pour la solution du litige dont a été saisi le tribunal civil de Béthune, l'interprétation de la convention conclue le 16 mai 1930 entre l'État et la Société Béthunoise d'éclairage"⁵³³.

Il est remarquable qu'une solution identique prévale dans le cadre de l'application de l'article 177 du Traité de la Communauté économique européenne, qui permet aux juridictions nationales de renvoyer à la Cour de Justice des Communautés l'interprétation du Traité ou l'appréciation de la légalité des actes dérivés.

Par le célèbre arrêt Van Gend en Loos, la juridiction communautaire a affirmé que "pour conférer compétence à la cour en la présente affaire, il faut et il suffit qu'il ressorte à suffisance de droit que la question posée vise une interprétation du Traité ; les considérations qui ont pu guider une juridiction nationale dans le choix de ses

par l'exercice du recours pour excès de pouvoir ; la fin de non-recevoir tirée par la société Usinor du caractère définitif de la décision du 23 juillet 1977 ne saurait donc être accueillie".

⁵³³ CE Sect. 16 avril 1943, Société anonyme La Brasserie Bruaysienne, p. 102.

questions, ainsi que la pertinence qu'elle entend leur attribuer dans le cadre d'un litige soumis à son jugement, restent soustraites à l'appréciation de la cour"⁵³⁴.

Le juge de l'exception est lié par la décision de renvoi du juge de l'action. Le principe de séparation lui interdit de remettre en cause les conditions d'existence de la question préjudicielle. Il peut seulement, en déclarant incompetent l'ordre juridictionnel auquel il appartient, critiquer implicitement l'appréciation par le juge judiciaire de sa compétence sur l'exception d'illégalité.

Cependant, la compétence du juge de renvoi n'est pas établie par le seul fait que l'exception constituait une question préjudicielle pour le juge du fond.

2 - La compétence du juge de l'exception pour décliner sa compétence.

Le juge du fond se borne à renvoyer les parties à saisir la juridiction compétente pour statuer sur l'exception d'illégalité, sans la déterminer lui-même. Certaines erreurs peuvent se produire. De ce fait, dans le cadre de l'appréciation des conditions de sa saisine, le juge de renvoi doit-il décliner sa compétence lorsque l'ordre juridictionnel saisi n'est pas le bon ou lorsqu'il n'est pas compétent au sein de son ordre juridictionnel.

a - Le juge de l'exception peut décliner la compétence de son ordre juridictionnel.

Il est inutile de rappeler ici que le juge de renvoi peut s'estimer incompetent en raison du renvoi erroné d'une question relevant de la compétence exclusive du juge judiciaire. Le problème a été précédemment abordé⁵³⁵. Il suffit de le mentionner.

⁵³⁴ CJCE 5 février 1963, Van Gend en Loos, D 1963, p. 621, note J. Bréban. V. cependant en sens contraire, CJCE 17 mai 1994, Corsica Ferries Italia, AJDA 1994, p. 698, chr. Chavrier, Honorat et Pouzoulet.

⁵³⁵ V. supra, p. 201 et s.

Cela ne constitue pas l'unique hypothèse d'incompétence de l'ordre juridictionnel de renvoi. En effet, bien qu'il n'existe en France que deux ordres de juridictions, l'institution de la Cour de Justice des Communautés Européennes, et son complément par le Tribunal de première instance, pourraient être sources d'erreurs de répartition. Il s'agit, cependant, d'une hypothèse d'école dans la mesure où la partie qui saisit le juge de renvoi est elle-même à l'origine de l'exception d'illégalité et doit donc en maîtriser les principaux caractères.

Plus probables sont les questions préjudicielles renvoyant au juge administratif l'examen de la légalité d'actes échappant à tout contrôle juridictionnel. Parmi eux figurent des actes émanant non du pouvoir exécutif mais du pouvoir législatif, tels que les lois ou les ordonnances ratifiées. Il semble que le Conseil d'État n'ait eu qu'une seule occasion de décliner sa compétence pour un semblable motif. Saisi d'un recours en appréciation de légalité de dispositions du code de procédure civile, il a considéré que ces dispositions "sont de forme législative [et que], par suite, la juridiction administrative n'est compétente pour connaître ni d'un recours tendant à leur interprétation ni d'un recours en appréciation de leur validité"⁵³⁶.

Le Conseil d'État a également décliné sa compétence à l'égard d'un recours en appréciation de légalité d'une convention internationale⁵³⁷.

La même solution devrait prévaloir pour les actes de gouvernement qui, bien qu'émanant du pouvoir exécutif, échappent au contrôle du juge administratif. En effet, ce dernier rejette les recours pour excès de pouvoir exercés à leur encontre non pour irrecevabilité, en raison de leur nature d'actes insusceptibles de recours, mais en raison de son incompétence. Si donc le renvoi de l'exception d'illégalité peut suffire à imposer compétence au juge de l'exception au cas où ne serait en cause qu'un problème de recevabilité⁵³⁸, cela ne saurait se produire en la matière puisqu'est en jeu la compétence même du juge de renvoi.

⁵³⁶ CE 15 avril 1970, Jeanson, p. 252.

⁵³⁷ V. CE Sect. 18 juillet 1951, Société Mathieu, p. 468.

⁵³⁸ V. supra, p. 206 et s.

b - Le juge de l'exception peut décliner sa compétence au sein de son ordre juridictionnel.

La détermination du juge administratif compétent pour statuer sur le recours en appréciation de légalité n'obéit pas à des règles particulières. Ainsi qu'il ressort de l'article 2 du décret du 28 novembre 1953, "la compétence du Conseil d'État (...) comprend : (...) 6° - les recours en interprétation et les recours en appréciation de légalité des actes dont le contentieux relève du Conseil d'État"⁵³⁹. Il convient donc de se référer aux règles établissant la compétence juridictionnelle en matière de recours pour excès de pouvoir.

La solution est opportune car rien ne justifierait qu'un juge différent statue sur la légalité d'un même acte administratif, selon qu'il fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours en appréciation de légalité. En outre, les règles de répartition des compétences juridictionnelles au sein de l'ordre administratif sont suffisamment complexes pour ne pas en poser de nouvelles.

Ces considérations justifient que la solution ait été consacrée en jurisprudence bien avant 1953. Au temps où les ministres étaient encore juges de droit commun du contentieux administratif, les recours en appréciation de légalité relevaient de leur compétence⁵⁴⁰. Par la suite, et jusqu'en 1953, le Conseil d'État, devenu juge de droit commun de l'ordre administratif, connut de tous les recours en appréciation de légalité ne concernant pas un acte relevant de la compétence d'attribution des conseils de préfecture⁵⁴¹.

⁵³⁹ Pour une application du principe, v. CE 12 novembre 1965, Smadja, p. 604.

⁵⁴⁰ V. CE 26 janvier 1877, Campans et Fournier, p. 94 : "si l'autorité judiciaire a jugé qu'il y avait lieu de surseoir à statuer jusqu'à la décision de l'autorité administrative, c'est au ministre de l'Intérieur, sauf recours au Conseil d'État, qu'il appartient, sur le renvoi du tribunal, d'apprécier la régularité des actes administratifs...". V. également, pour une hypothèse où le ministre n'était pas compétent, CE 13 novembre 1874, Commune de Sainte Marie du Mont, p. 854.

⁵⁴¹ V. pour des cas de compétence du Conseil d'État, CE 20 février 1946, Consorts Treussard-Germain, p. 56 (concernant un problème de petite voirie) ; CE Sect. 2 mai 1947, Société Ratié frères, p. 172 (concernant la légalité d'un acte administratif émanant d'un agent de l'État) ; et pour un cas de compétence d'un conseil de préfecture, CE 14 novembre 1924, Chartier, p. 892 (concernant un litige entre une ville et son concessionnaire).

Actuellement, la haute juridiction est juge des recours en appréciation de légalité des décrets⁵⁴² ou des actes se rattachant à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret⁵⁴³.

Logiquement, puisqu'il est devenu juge de droit commun en premier ressort, "c'est (...) même en l'absence d'un texte le prévoyant expressément, le tribunal administratif compétent en premier ressort sur le fond qui a qualité pour se prononcer sur la question préjudicielle renvoyée par l'autorité judiciaire"⁵⁴⁴.

Par ailleurs, le Conseil d'État⁵⁴⁵, comme les tribunaux administratifs⁵⁴⁶, doivent veiller, en cas de recours en appréciation de légalité, à respecter la compétence des juridictions administratives spécialisées.

Saisi d'une exception d'illégalité renvoyée par un juge judiciaire, le juge administratif n'a qu'une faible compétence quant à l'appréciation de sa saisine. Le principe de séparation des autorités s'oppose à ce qu'il remette en cause l'existence même d'une question préjudicielle. Il lui appartient cependant de décliner sa compétence. Par ailleurs, les conditions de recevabilité du recours en appréciation de légalité étant inexistantes, elles n'offrent guère de prise à un contrôle. Le plus souvent donc, le juge de renvoi est tenu de répondre au fond à la question posée.

B - Les pouvoirs du juge de l'exception.

Le juge de l'exception doit répondre à la question de légalité, objet du recours en appréciation. A cet effet, il est entièrement lié par la formulation retenue par le

⁵⁴² V. CE 28 février 1964, Commune de Lacanau, p. 152.

⁵⁴³ V. CE Sect. 28 octobre 1960, Grima, p. 577.

⁵⁴⁴ CE 6 février 1956, Sieur X, p. 55 ; v. également, CE 4 février 1955, Lods, *D* 1955, J, p. 616, note J-M. Auby.

⁵⁴⁵ V. CE 18 mars 1955, Régnier, p. 166.

⁵⁴⁶ V. CE 6 février 1956, Sieur X, préc.

juge de l'action. Cependant, sa mission accomplie, la décision qu'il rend s'impose toujours à ce dernier.

1 - L'obligation de répondre à la question posée.

Le juge de l'exception est tenu de statuer sur la question que lui a renvoyée le juge judiciaire. Il ne doit pas en dépasser le cadre.

a - L'obligation de répondre à toute la question.

Il serait aberrant et dangereux pour le cours de la justice que le juge de renvoi puisse refuser de statuer sur le recours en appréciation de légalité. De même qu'un juge de l'excès de pouvoir ou de plein contentieux est tenu de trancher les litiges qui lui sont soumis, de même, le juge de la question préjudicielle doit-il statuer sur le problème juridique renvoyé. Il n'y a là qu'une application logique du principe d'interdiction des dénis de justice.

Encore convient-il de s'interroger sur le champ de cette compétence liée : le juge de renvoi doit-il trancher le problème tel qu'il a été énoncé dans sa décision de sursis à statuer par le juge du fond, ou n'est-il tenu que par les questions que lui posent les parties ?

Un arrêt Société des Établissements Frenkiel⁵⁴⁷ semble considérer que seules importent, pour déterminer le problème juridique soumis au juge, les conclusions des parties à l'appui de leur recours en appréciation de légalité. Comme elles n'avaient pas, en l'espèce, saisi le tribunal administratif de certaines conclusions, et "quels qu'aient pu être les termes de la question préjudicielle à la solution de laquelle le tribunal d'instance (...) avait subordonné le règlement du litige", elles n'étaient pas fondées à soutenir que, faute d'y avoir répondu, le jugement attaqué était entaché d'omission de statuer. Si donc, les parties ne saisissent pas le juge de renvoi, de

⁵⁴⁷ V. CE 14 février 1969, Société des établissements Frenkiel, p. 100.

toute la question préjudicielle, il ne saurait lui être reproché de n'avoir pas répondu entièrement à celle-ci.

Assurément, la faculté ainsi ouverte aux parties de restreindre la portée de la question n'est pas satisfaisante.

D'une part, la réponse ultérieure sera insuffisante pour autoriser le juge judiciaire à statuer au fond. D'autre part, elle est incompatible avec la jurisprudence interdisant au juge administratif de répondre à des conclusions supplémentaires des parties⁵⁴⁸. Or, pour cela, il lui est nécessaire de confronter les termes du recours en appréciation de légalité à ceux de la décision de sursis formulant la question à lui soumettre, et cette dernière l'emporte. Il serait, dès lors, anormal que la décision de sursis ne prime pas également les conclusions des parties lorsqu'elles sont incomplètes. Rappelons, en outre, que le juge administratif ne se satisfait pas d'un simple sursis à statuer du juge de l'action mais exige un jugement de renvoi énonçant une question.

L'arrêt Société des Établissements Frenkiel semble alors poser une solution insatisfaisante et isolée. La preuve en est fournie par la référence systématique en jurisprudence au jugement de renvoi et non aux conclusions des parties⁵⁴⁹.

L'obligation pour le juge administratif de statuer sur la question renvoyée par le juge judiciaire emporte plusieurs conséquences. En premier lieu, un juge administratif ne peut refuser de statuer par le motif que la question ne lui paraît pas suffisamment précise⁵⁵⁰. En second lieu, s'il omet de répondre, partiellement⁵⁵¹ ou totalement⁵⁵², son jugement sera annulé pour omission de statuer.

⁵⁴⁸ V. infra, p. 224.

⁵⁴⁹ V. CE 6 février 1956, *Sieur X*, p. 55 ; CE 26 octobre 1962, *Souchard*, p. 574 ; CE 28 février 1964, *Commune de Lacanau*, p. 152 ; CE 20 janvier 1965, *Courvoisier*, p. 39.

⁵⁵⁰ V. CE 9 avril 1943, *Guérin*, p. 95.

⁵⁵¹ V. CE 26 octobre 1962, *Souchard*, préc.

⁵⁵² V. CE 20 janvier 1965, *Courvoisier*, préc.

b - L'obligation de ne répondre qu'à la question.

Le juge de renvoi n'a d'obligation qu'à l'égard de la seule question posée. Il lui est interdit, de ce fait, de s'intéresser aux moyens ou aux conclusions supplémentaires que lui présentent les requérants.

Lorsque le juge judiciaire a renvoyé non simplement l'appréciation de la légalité d'un acte administratif mais, plus strictement, l'étude d'un vice particulier de cet acte, le juge de renvoi "doit se borner à examiner ce moyen, dont l'appréciation constitue la seule question à lui renvoyée par l'autorité judiciaire"⁵⁵³. Il n'a donc pas à statuer sur les moyens soulevés spontanément par les parties à l'occasion du recours en appréciation de légalité et qu'il rejette pour irrecevabilité⁵⁵⁴.

L'éventuelle mise en oeuvre par le juge de renvoi de moyens d'ordre public est délicate. Elle sera ultérieurement examinée à l'occasion de l'étude de l'examen du bien-fondé de l'exception d'illégalité⁵⁵⁵.

Le juge de renvoi est également tenu par l'objet du recours en appréciation de légalité. Il lui appartient de répondre à la seule question posée par le juge de l'action et de rejeter toute conclusion nouvelle.

Ainsi, lorsqu'il est saisi d'une question préjudicielle, le juge administratif doit se prononcer exclusivement sur les dispositions dont la légalité fait l'objet de la question préjudicielle⁵⁵⁶ alors même que l'acte dont elles font partie aurait un caractère indivisible⁵⁵⁷. Inversement, saisi de l'appréciation de la légalité d'un permis de construire, il peut, dans les limites de la question renvoyée, déclarer celui-ci partiellement illégal⁵⁵⁸.

Le principe s'oppose, par ailleurs, à ce que le juge de l'exception prononce autre chose qu'une déclaration sur la légalité de l'acte. De ce fait, bien que les

⁵⁵³ V. CE Sect. 23 mars 1956, Piquet, p. 142. V. également, CE 13 février 1987, Cour d'appel d'Aix en Provence, *DA* 1987, n° 187 ; CE 19 mars 1993, Leroy, *RFDA* 1993, p. 621.

⁵⁵⁴ V. CE Sect. 23 mars 1956, Piquet, préc ; CE 13 février 1987, Cour d'appel d'Aix en Provence, préc ; CE 19 mars 1993, Leroy, préc.

⁵⁵⁵ V. infra, Deuxième Partie, Chapitre III, p. 544 et s.

⁵⁵⁶ V. CE Sect. 26 novembre 1971, Société marseillaise de crédit, p. 726.

⁵⁵⁷ V. CE 17 février 1978, *SCI Les Floralies*, p. 94.

⁵⁵⁸ V. 21 avril 1972, *SCI Argentan*, p. 1261.

parties aient profité du recours en appréciation pour tenter d'obtenir satisfaction sur le fond, le juge administratif doit rejeter leurs conclusions. Cela ressort d'une jurisprudence classique : "le requérant n'est pas recevable à joindre à sa demande d'appréciation de validité de l'arrêté de débet, introduite sur renvoi de l'autorité judiciaire, des conclusions à fin d'annulation de cet arrêté"⁵⁵⁹ ou des conclusions à fin de condamnation pécuniaire⁵⁶⁰.

Ce qu'il ne peut faire sur demande des requérants, le juge de renvoi ne doit évidemment pas le faire spontanément. C'est ainsi que le Conseil d'État a censuré un tribunal administratif qui, par incompréhension du recours dont il était saisi, avait annulé l'acte en cause tout en omettant de statuer sur la question renvoyée et, pourtant, reprise devant lui par le requérant⁵⁶¹.

Le juge administratif est donc strictement lié par la formulation de la question renvoyée par le juge judiciaire. Il doit y répondre, écarter les conclusions et moyens "parasites" émanant des parties et ne pas dépasser spontanément le cadre qui lui a été tracé.

La décision qu'il rend alors s'impose toujours au juge du fond.

2 - Une réponse s'imposant au juge du fond.

Le principe selon lequel la réponse à la question préjudicielle s'impose au juge judiciaire du fond est d'application systématique. Il est néanmoins intéressant d'en étudier séparément une conséquence très particulière, qui joue lorsque le juge de l'exception n'a pas respecté scrupuleusement tous les principes précédemment exposés.

⁵⁵⁹ CE 8 juillet 1925, Gourdan, p. 655 ; CE Ass. 21 octobre 1994, Société Tapis Saint Maclou, *AJDA* 1994, p. 918. V. également, pour un refus du juge administratif de déclarer l'existence d'une voie de fait, CE 26 octobre 1962, Soucard, p. 574.

⁵⁶⁰ V. CE 22 mars 1920, Ville de Bellème, p. 312 ; CE 9 mars 1956, Cabot, p. 113.

⁵⁶¹ V. CE 20 janvier 1965, Courvoisier, p. 39.

a - Le cas général.

“La réponse donnée à la question préjudicielle par le juge de renvoi lie le juge qui a renvoyé. Ce dernier est obligé d’admettre la réponse à la question préjudicielle de manière inconditionnelle”⁵⁶².

Plusieurs arguments justifient cette solution. D’une part, “il est évident que cette procédure des questions préjudicielles n’aurait pas de sens si le juge du principal n’était contraint de tenir pour exacte la réponse du juge de la question préjudicielle”⁵⁶³. Par ailleurs, “la question préjudicielle étant, de sa nature, l’élément d’un jugement, selon l’expression de Laferrière, la décision du juge de renvoi est investie de l’autorité de chose jugée à l’égard du juge qui a sursis à statuer”⁵⁶⁴. Enfin, la question préjudicielle ayant un caractère nécessaire, le jugement au fond est subordonné à la réponse et celle-ci doit donc être reprise par le juge judiciaire.

Il ne semble malheureusement pas y avoir d’arrêt explicite émanant de la Cour de cassation à ce sujet. C’est vers la jurisprudence du Conseil d’État qu’il convient alors de se tourner.

Un arrêt Delmas fait ainsi référence à la notion d’autorité de chose jugée : “lorsque le Conseil d’État, ayant sursis à statuer jusqu’à ce que l’autorité judiciaire ait tranché la question de savoir si l’expédition du jugement du tribunal administratif en date du 30 mars 1954 devait être établie sur papier timbré, la juridiction judiciaire a décidé que l’expédition de ce jugement n’était pas assujettie au droit de timbre, l’autorité de la chose jugée sur ce point s’impose au tribunal administratif...”⁵⁶⁵.

⁵⁶² J-F. Flauss, thèse préc, p. 128.

⁵⁶³ M. Waline, *Traité de droit administratif* ; 8ème éd, p. 214.

⁵⁶⁴ D. Granjon, *Les questions préjudicielles*, AJDA 1968, p. 75.

⁵⁶⁵ CE 19 février 1964, Delmas, p. 977.

La compétence liée du juge du principal subit une atténuation dans la mesure où il lui est permis de revenir sur l'existence de la question préjudicielle et de nier ses caractères sérieux et nécessaire⁵⁶⁶.

Tant qu'il ne remet pas en cause son appréciation initiale, il ne peut statuer au fond sans attendre la réponse du juge administratif, à moins que, "les requérants n'ayant pas justifié de leurs diligences à l'effet de faire résoudre par l'autorité judiciaire ladite question préjudicielle, ils n'établissent pas que l'administration aurait excédé ses pouvoirs en procédant à l'inscription contestée (...) leurs conclusions doivent être rejetées"⁵⁶⁷.

b - Le cas particulier.

La compétence liée du juge judiciaire de l'action auquel le juge administratif a répondu est telle que "la réponse donnée s'impose à lui dans son intégralité, voire même au-delà des termes du renvoi dans la mesure où le juge s'incline devant la chose jugée incompétamment"⁵⁶⁸.

Ainsi, lorsque le juge de l'exception a statué sur des problèmes non soulevés par le jugement de renvoi ou, plus largement, s'est déclaré à tort compétent sur le recours en appréciation de légalité, la décision qu'il rend s'impose au juge du fond. "L'autorité de la chose incompétamment jugée s'oppos[e] à ce que le juge judiciaire ne tienne pas compte de ce qui a été jugé *ultra petita*"⁵⁶⁹.

La solution peut toutefois étonner dans la mesure où, nous le savons, le juge de l'exception peut décliner sa compétence. Ne pas autoriser, parallèlement, le juge du fond à écarter la décision rendue à tort conduit à un déséquilibre des pouvoirs.

⁵⁶⁶ V. CE 27 janvier 1982, Époux Fillot, p. 722.

⁵⁶⁷ CE 7 juillet 1961, Plaideau, p. 1139.

⁵⁶⁸ J-F. Flauss, thèse préc, p. 128.

⁵⁶⁹ J-M. Auby, R. Drago, *Contentieux administratif*, LGDJ, 1984, n° 1042.

Elle est, en outre, profondément insatisfaisante puisqu'elle soumet le jugement du litige à une décision dont la justesse est très douteuse.

Toute autre solution violerait, cependant, le principe de séparation des autorités. Si, en effet, le juge du fond est lié par la chose jugée même incompétemment, c'est qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause l'appréciation du juge de l'exception. Le jugement de renvoi ne précise pas la juridiction à saisir, précisément parce que le juge judiciaire n'a pas à s'immiscer dans les règles de répartition interne à l'ordre concurrent.

En outre, mais cela est tout aussi choquant, le juge administratif doit répondre à la question renvoyée alors même que le juge judiciaire s'est déclaré à tort compétent sur le fond. L'un et l'autre cas traduisent les conséquences souvent aberrantes de la conception française de la séparation des pouvoirs.

Un arrêt récent permettra de mieux appréhender la situation. "S'il n'appartient qu'à la juridiction administrative de se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public maritime, cette règle de compétence a été méconnue par le tribunal administratif de Bordeaux qui, saisi de poursuites consécutives à deux procès-verbaux de contravention de grande voirie dressés à l'encontre de Monsieur Couach a, par un jugement du 7 février 1969, sursis à statuer sur ces poursuites jusqu'à ce qu'il ait été statué par les juges judiciaires sur le point de savoir si les consorts Couach étaient propriétaires de la parcelle litigieuse (...) ; toutefois, le jugement de renvoi méconnaissant les règles de compétence est devenu définitif, de même que l'arrêt du 4 juillet 1978 par lequel la cour d'appel de Bordeaux a estimé que ladite parcelle était la propriété des consorts Couach ; l'autorité qui s'attachait à ce jugement de renvoi et à l'arrêt de la cour d'appel faisait obligation au tribunal de se conformer à la réponse faite par la cour à la question qui lui avait été renvoyée et imposait par suite à ce dernier de prononcer la relaxe de Monsieur Couach du chef des contraventions de grande voirie"⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ CE 11 avril 1986, *Ministre de la mer c/ Couach*, p. 445. V. également CE Sect. 29 juillet 1932, *Société Graf*, p. 822, concl. Latournerie.

Il ressort de l'exposé des faits que lorsque l'incompétence du juge de renvoi est due à une précédente erreur du juge de l'action⁵⁷¹ la compétence liée de ce dernier équivaut alors à une sanction, fondée sur le principe de séparation des autorités.

Ce principe contraint en principe les juges judiciaires à surseoir à statuer lorsqu'ils sont confrontés à des exceptions d'illégalité. Cependant, la réforme récente du code pénal a libéré le juge répressif de cette obligation. Il a compétence pour apprécier la légalité des actes administratifs qui ne constitue pour lui qu'une question préalable. Seul le juge civil doit encore surseoir à statuer sur les exceptions d'illégalité et mettre en oeuvre la pesante procédure des questions préjudicielles.

Les rapports qui s'instaurent entre les deux ordres de juridiction sont entièrement dictés par le principe de séparation. Ils se traduisent par un cloisonnement strict des pouvoirs de chacun qui peut déboucher, en cas d'erreur, sur des situations paradoxales. Elles ont suscité ou encouragé les critiques dont font l'objet les questions préjudicielles et justifié les nombreuses dérogations admises au principe de séparation.

Faut-il continuer dans cette voie et supprimer le dernier bloc d'incompétence du juge judiciaire à l'égard de la légalité administrative ? Il ne le semble pas. Outre que les fondements juridiques en seraient encore plus incertains que pour les cas présents, il convient de rappeler que le juge administratif doit être le seul juge de ces questions.

A cet égard, les nombreux "renvois superflus" du juge répressif montrent bien l'insuffisance du contrôle qu'il exerce et son besoin spontané du secours de la juridiction administrative. Les défauts du système actuel sont la rançon de la fiabilité des décisions juridictionnelles. C'est le prix à payer pour bénéficier d'une solution irréprochable en droit.

⁵⁷¹ Elle pourrait également résulter d'une incompétence au sein de l'ordre administratif.

La détermination du juge compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité est la première obligation qui incombe au justiciable. Elle le confronte à des difficultés inconnues en cas de recours en annulation et qui tiennent à la spécificité de l'exception d'illégalité, débat incident à un litige principal.

L'autonomie de l'exception d'illégalité apparaît ainsi au sein des instruments du respect du principe d'égalité. Qu'elle relève de la compétence du juge judiciaire de l'action, ou qu'elle doive être renvoyée au juge administratif, elle provoque un bouleversement des principes traditionnels relatifs à la compétence ou à la recevabilité.

Il ressort notamment des développements de cette partie que lorsqu'elle apparaît devant le juge judiciaire, les conditions de sa recevabilité relèvent de l'appréciation de ce dernier. Or leur examen est sensiblement différent de celui auquel procède, en cas de compétence au fond, le juge administratif.

Le juge judiciaire est, au surplus, par pusillanimité ou par méconnaissance du droit public, très peu explicite sur les règles qu'il applique à une exception d'illégalité. Leur compréhension en est rendue difficile.

Il recourt par ailleurs, le plus souvent, aux principes qui gouvernent habituellement sa procédure. Les concepts y étant inadaptés au contentieux de la légalité, la jurisprudence paraît beaucoup moins élaborée, ou subtile, que celle du juge administratif.

Cela justifie qu'une place essentielle soit désormais réservée à la jurisprudence administrative. Le juge compétent pour statuer sur l'exception étant désormais déterminé, l'attention se porte alors sur l'examen de celle-ci.

DEUXIÈME PARTIE

L'EXAMEN DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

La détermination du juge compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité effectuée, s'ouvre alors le contrôle au fond de celle-ci. Mais avant de s'interroger sur les éventuels vices entachant l'acte dont il est excipé, le juge est tenu de vérifier si la question doit effectivement être examinée au fond.

A l'égard d'un recours en annulation classique, cet examen préalable se résume à l'établissement de la recevabilité du recours.

L'exception d'illégalité manifeste, quant à elle, son originalité au sein des instruments du respect du principe de légalité. En effet, elle se caractérise par un double contrôle préalable à l'examen du fond. D'une part, l'exception d'illégalité doit être opérante. D'autre part, elle doit être recevable.

La première de ces exigences découle de l'intégration de l'exception d'illégalité dans la catégorie des moyens de droit à la disposition des parties pour faire valoir leurs prétentions. La seconde, bien que commune aux classiques

recours en annulation, présente toutefois certains traits particuliers, en rapport avec sa nature de débat incident de légalité.

Cependant, la spécificité du régime de l'exception d'illégalité n'est pas toujours respectée en jurisprudence. Les caractères opérant et recevable du moyen n'y sont pas clairement distingués.

L'explication réside peut-être dans la personne chargée de l'examen. La mission en revient au juge de l'action, qu'il soit ou non juge de l'exception. Elle échet donc aussi bien au juge judiciaire qu'au juge administratif, ce qui justifie d'étudier leur jurisprudence respective.

La jurisprudence judiciaire a été précédemment étudiée au travers des compétences respectives du juge de l'action et du juge de l'exception. L'exigence des caractères nécessaire et sérieux de la question posée au juge du fond relèvent en fait de l'examen de l'exception d'illégalité. Leur présentation aurait en conséquence pu faire l'objet de développements dans la présente partie.

Il a cependant été jugé préférable, compte tenu de l'étroite liaison de ces questions avec la répartition des compétences et le principe de séparation des autorités, de l'associer à la détermination du juge compétent pour statuer sur l'exception. En outre, la jurisprudence élaborée par les tribunaux judiciaires est apparue incertaine, voire fruste. Elle ne saurait être négligée mais ne permet guère de comprendre les modalités de l'examen de l'exception.

Cela justifie le choix de consacrer l'essentiel de la recherche à la jurisprudence administrative, fort riche à ce sujet. Le juge administratif de l'action est mieux armé que son homologue judiciaire pour résoudre les difficultés rencontrées. Néanmoins, sur certains points leurs analyses concordent.

Malgré la confusion dont ils sont parfois l'objet, les caractères opérant et recevable de l'exception d'illégalité répondent à des finalités différentes, justifiant qu'ils soient distingués.

Reconnue opérante et recevable par le juge de l'action, l'exception peut alors être examinée au fond. La compétence en revient au seul juge de l'exception.

Cela n'exclut pas qu'il s'agisse d'un juge judiciaire puisque, nous l'avons constaté, ce dernier peut, dans certaines conditions, jouir d'une plénitude de juridiction à l'égard des exceptions d'illégalité¹.

Cela conduit cependant parfois à la saisine d'un nouveau juge, administratif, chargé de statuer sur la seule légalité de l'acte en cause, par le biais d'un recours en appréciation de validité.

Quel que soit le juge compétent, l'examen du bien-fondé affiche lui aussi certains particularismes par rapport aux mécanismes classiques de contestation de la légalité d'un acte administratif.

Ces diverses considérations rendent opportun de préciser, tant dans son contenu que dans ses rapports avec celle de recevabilité, la notion de caractère opérant, avant d'étudier les conditions que doit satisfaire toute exception d'illégalité pour être recevable. Il sera ensuite aisé de présenter ce qu'est l'examen au fond de l'exception.

PLAN :

CHAPITRE I - L'EXAMEN DU CARACTÈRE OPÉRANT DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

CHAPITRE II - L'EXAMEN DE LA RECEVABILITÉ DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

CHAPITRE - L'EXAMEN AU FOND DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

¹ V. supra, première partie, Chapitre I, p. 80 et s.

CHAPITRE PREMIER

L'EXAMEN DU CARACTÈRE OPÉRANT DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

Un recours juridictionnel n'est jamais inopérant. Il peut être déposé devant un juge incompétent pour en connaître, ou irrecevable, ou encore non fondé.

Dès lors, affirmer que l'exception d'illégalité des actes administratifs doit être opérante signifie qu'elle ne constitue pas *stricto sensu* un recours juridictionnel.

La notion de caractère opérant n'est pourtant pas spécifique à notre matière. Elle joue classiquement, en contentieux administratif, dans le régime juridique des moyens de droit ouverts aux parties pour asseoir leurs prétentions. Ainsi, un moyen n'est invoquable à l'appui d'une demande que s'il est opérant au regard de celle-ci. Exiger de l'exception d'illégalité qu'elle soit opérante revient donc à la ranger parmi les moyens de droit.

L'analyse est assurément correcte, ainsi qu'il ressort de la nature même de l'exception. En effet, lorsque dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, l'une des parties invoque l'illégalité d'un acte autre que celui objet du recours, son but est uniquement, soit d'obtenir l'annulation de ce dernier², soit, au contraire, d'en faire constater la légalité³. De la même manière, dans le contentieux de la responsabilité, l'illégalité de l'acte visé par l'exception sert à caractériser l'existence d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique. Dans un cas comme dans l'autre, l'exception d'illégalité n'est qu'un des moyens offerts aux parties pour asseoir leurs prétentions.

De ce fait, en matière d'excès de pouvoir, l'illégalité de l'acte initial entachera l'acte pris pour son application d'un vice entraînant l'annulation de ce dernier, exactement comme s'il s'agissait d'un vice propre, invoqué par un moyen des parties ou constitutif d'un moyen d'ordre public soulevé par le juge.

Sous cet angle, l'exception d'illégalité s'appréhende comme le moyen tiré de l'illégalité d'un acte non attaqué directement et ayant pour conséquence soit l'annulation d'un autre acte⁴, soit enfin le caractère fautif de l'action de la puissance publique.

La jurisprudence du Conseil d'État confirme cette analyse. Dans un arrêt du 17 décembre 1975⁵, confronté à une difficulté d'interprétation de l'argumentation du requérant, le juge a minutieusement examiné celle-ci et conclu à la nature de moyen d'une exception d'illégalité. "Pour demander l'annulation de l'arrêté du 26 décembre 1974, fixant les conditions du port de la ceinture de sécurité équipant les

² Dans le cas où l'exception est soulevée par le demandeur à l'appui du recours contre l'acte pris subséquent.

³ Dans le cas où l'exception d'illégalité est soulevée par le défendeur pour soutenir que l'acte attaqué par le demandeur est légal car ne respectant pas un acte antérieur lui-même illégal.

⁴ Par commodité, nous laissons de côté l'hypothèse, plus marginale, de l'exception d'illégalité soulevée par le défendeur et qui vise, quant à elle, à justifier de la légalité de l'acte attaqué par le requérant lequel invoque le non respect, par ce dernier acte, de celui dont le défendeur excipe de l'illégalité. Cette hypothèse n'est toutefois écartée que pour des raisons de clarté : les développements présents valent également pour elle.

⁵ V. CE 17 décembre 1975, Millet, *RDP* 1976, p. 1085.

véhicules automobiles, le sieur Millet soutient que l'autorité réglementaire ne pouvait légalement imposer le port de la ceinture de sécurité ; l'arrêté attaqué se bornant à fixer les conditions d'application de l'article R 53 - 1 du code de la route, qui prescrit l'obligation du port de la ceinture, le moyen soulevé par le sieur Millet doit être regardé comme étant tiré de l'illégalité de l'article R 53 - 1 du code de la route, dans sa rédaction résultant du décret du 28 juin 1973".

Moyen de droit, l'exception d'illégalité doit alors être opérante pour que le juge l'examine. Elle offre ainsi une originalité supplémentaire au regard des autres instruments du respect du principe de légalité.

Quel juge a compétence pour déterminer ce caractère opérant ? La question, qui ne soulève aucune difficulté lorsque le juge de l'action est juge de l'exception, est plus délicate en cas de scission des compétences juridictionnelles sur le principal et sur l'exception. La réponse, toutefois, est dictée par les principes antérieurement étudiés qui dénie au juge de l'exception le droit de contester l'appréciation portée par le juge du principal sur l'existence d'une question préjudicielle. Or n'est pas question préjudicielle⁶ l'exception d'illégalité inopérante⁷.

Seul donc, le juge chargé de déterminer si elle forme une question préjudicielle est compétent pour établir le caractère opérant de l'exception d'illégalité. C'est au juge de l'action qu'il appartient en toute hypothèse, qu'il soit ou non juge de l'exception, de statuer sur le caractère opérant de l'exception invoquée devant lui.

Il est alors confronté à la principale difficulté, qui tient à l'identification de ce caractère. En quels cas l'exception d'illégalité d'un acte administratif est-elle opérante ?

⁶ Ni même, naturellement, question préalable.

⁷ V. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 176 et s.

Le professeur J-M. Auby a défini le moyen inopérant comme “celui qui, fondé ou non, n’est pas susceptible de déterminer le sens de l’acte juridictionnel”⁸. L’idée est identique dans le cours de contentieux administratif du Président Odent selon lequel “un moyen inopérant est un moyen qui serait intrinsèquement recevable mais qui, même s’il était fondé, serait sans aucune influence possible sur la solution du litige dans lequel il a été soulevé”⁹.

Le moyen inopérant répond donc à une nécessité logique du contentieux : il permet au juge compétent d’éliminer d’emblée les moyens soulevés par les parties qui ne sont pas susceptibles d’influer sur la solution du litige.

Fort simple et peu discriminante¹⁰, la notion ne permet pas de préciser d’emblée ce qui identifie l’exception d’illégalité inopérante. Préciser qu’est inopérante l’exception d’illégalité qui, fondée ou non, n’est pas susceptible de déterminer le sens de l’acte juridictionnel n’est, en effet, guère significatif. Le premier écueil à franchir, dans le cadre de l’examen du caractère opérant de l’exception d’illégalité sera donc de déterminer précisément ce qui vaut cette qualité à une exception.

Toute difficulté ne sera pas pour autant écartée. Il sera alors nécessaire d’identifier l’ordre d’examen des questions à résoudre avant l’examen au fond de l’exception. Si “le moyen inopérant peut sembler se rapprocher du moyen irrecevable” et si, de ce fait, “pendant un certain temps, la jurisprudence a connu une certaine confusion entre le moyen inopérant et le moyen irrecevable, [déclarant] le requérant “sans intérêt à faire valoir” des moyens qu’elle se borne

⁸ J-M. Auby, *Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative*, AJDA 1966, p. 5.

⁹ R. Odent, *Cours de Contentieux Administratif*, Les cours de droit, 1980, p. 1201.

¹⁰ Sous des abords de “notion conceptuelle”, le moyen inopérant a cependant bien des traits communs avec une “notion fonctionnelle”. En raison de l’impossibilité d’en donner une définition suffisamment précise pour autoriser la certitude, la notion s’est rapidement transformée en un catalogue hétérogène, comme en témoignent les quatorze hypothèses répertoriées par le Professeur Auby.

actuellement (...) à qualifier d'inopérants"¹¹, la distinction n'est toujours pas maîtrisée lorsque le moyen en cause est une exception d'illégalité.

Il semble cependant qu'elle soit possible et permette d'établir successivement le caractère opérant et la recevabilité de toute exception d'illégalité.

Une correcte identification du caractère opérant de l'exception d'illégalité d'un acte administratif justifie un examen primordial de ce caractère.

SECTION I - LA NOTION DE CARACTÈRE OPÉRANT.

Au regard de la définition traditionnelle du moyen inopérant, une exception d'illégalité est inopérante lorsque, fondée ou non, elle est sans influence possible sur la solution du litige dans lequel elle a été soulevée.

Avant de déterminer concrètement les hypothèses où il en est ainsi, une identification préalable et théorique des éléments rendant opérante l'exception d'illégalité d'un acte administratif s'avère indispensable.

§ 1 - IDENTIFICATION DES ÉLÉMENTS DU CARACTÈRE OPÉRANT.

L'exception d'illégalité a pu être précédemment définie comme le moyen par lequel est critiquée la légalité d'un acte administratif à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un autre acte ou d'un recours de plein contentieux.

Malgré les différences qui opposent ces deux types de recours, l'examen du caractère opérant de l'exception d'illégalité peut être mené simultanément en raison de la parfaite similitude des problèmes.

¹¹ J-M. Auby, art. préc.

Il en ressort que seuls deux éléments rentrent dans la définition du caractère opérant. Doivent en être écartés d'autres qui lui sont extérieurs.

A - Les deux éléments du caractère opérant.

Les définitions du caractère opérant d'un moyen et de l'exception d'illégalité ne sont guère éclairantes pour notre propos. Elles constituent néanmoins la base nécessaire de toute réflexion.

Si l'illégalité d'un acte administratif, invoquée par voie d'exception, n'a pas pour conséquence l'annulation de l'acte objet du recours principal ou la reconnaissance de la responsabilité de la personne publique qui en est l'auteur, elle est inopérante car sans influence sur la solution du litige¹².

Par affinements successifs de l'analyse, deux éléments apparaissent qui composent le caractère opérant de toute exception d'illégalité. Elle est opérante si et seulement si l'acte qui en est l'objet est uni à celui dont l'annulation est poursuivie par un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique.

1 - Le lien de nécessité au sein d'une continuité juridique.

Nous avons jusqu'à présent établi qu'est inopérante l'exception d'illégalité d'un acte lorsque, soit elle n'entraînera pas l'annulation de l'acte objet du recours pour excès de pouvoir, soit elle ne se trouve pas à l'origine du préjudice dont il est demandé réparation.

Or si l'illégalité d'un acte administratif n'influe aucunement sur celle d'un autre, c'est assurément parce qu'elle lui est indifférente. Il en est évidemment ainsi lorsque les deux actes n'ont aucun rapport entre eux, soit qu'ils traitent de

¹² Rappelons que nous avons choisi par pure commodité d'ignorer dans ces développements le cas où l'exception d'illégalité est soulevée par le défendeur, mais qu'à son égard les résultats auxquels nous allons parvenir valent également.

matières étrangères l'une à l'autre, soit qu'ils s'intéressent à des aspects différents d'une même matière.

C'est donc l'existence de rapports entre les actes en cause dans le litige qui va conditionner le caractère opérant de l'exception d'illégalité de l'un d'entre eux à l'appui du recours pour excès de pouvoir exercé contre l'autre.

Pareillement, lorsque l'illégalité d'un acte, fondement d'un recours en responsabilité, n'est pas à l'origine du préjudice, c'est en raison de l'absence de rapport entre l'illégalité fautive de l'acte et le préjudice allégué.

Cette nouvelle approche nous permet d'affiner la définition du caractère inopérant de l'exception d'illégalité d'un acte administratif. Est inopérante, toute exception d'illégalité d'un acte qui est dépourvu de tout rapport avec l'acte objet du recours pour excès de pouvoir ou avec le préjudice allégué.

Au coeur du caractère opérant de l'exception d'illégalité d'un acte administratif figure le rapport entre cet acte et le fond du litige. Le caractère dépend, en définitive, du lien existant entre l'acte qui en est l'objet et l'acte attaqué au principal ou le préjudice invoqué à l'appui du recours en responsabilité.

Il a été constaté antérieurement que la reconnaissance du caractère nécessaire d'une question préjudicielle de légalité se fonde également sur l'existence d'un rapport entre l'acte excipé d'illégalité et le fond du litige¹³. La similitude n'est pas étonnante puisque l'exigence d'un tel lien entre les actes en cause répond dans un cas comme dans l'autre à une même finalité : vérifier que l'examen de l'exception d'illégalité est bien utile à la solution du recours principal. La différence est seulement de vocabulaire : ce que le juge judiciaire nomme caractère nécessaire, le juge administratif le désigne par caractère opérant.

Il est, dès lors, normal que la condition ait été anciennement aperçue.

En 1913 déjà, Gaston Jèze l'avait énoncée : "Supposons que les deux actes ne soient pas liés l'un à l'autre : dans ce cas, d'une part, la logique

¹³ V. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 177 et s.

n'implique pas l'annulation du deuxième acte et, d'autre part, le maintien de cet acte est réclamé par le souci de stabiliser les situations juridiques des tiers dans un but de paix sociale¹⁴.

Quel doit alors être ce lien ?

Entre deux actes administratifs, il ne peut exister de liens que s'ils participent d'un même ensemble normatif, que s'ils concourent à l'édiction ou à l'application d'une norme. Ainsi, lorsque, par exemple, l'un des actes est la conséquence de l'autre, son complément ou sa concrétisation, l'existence d'un lien est manifeste. Elle se traduit par la continuité juridique dans laquelle ces actes s'inscrivent.

Il y a continuité puisque ces actes se suivent par un processus logique, s'enchaînent harmonieusement. Et cette continuité est juridique puisque son résultat est, soit l'élaboration, soit l'application d'une norme. Il n'y a entre eux aucune rupture, aucune discontinuité juridique.

Si, le cas échéant, un troisième acte s'interpose, il ne rompt pas le fil juridique unissant les maillons de la chaîne. La continuité peut, de ce fait, être immédiate ou médiate entre l'acte attaqué pour excès de pouvoir et l'acte visé par l'exception d'illégalité. Elle est de nature à justifier que l'illégalité du second implique l'annulation du premier par le juge de l'excès de pouvoir.

L'exigence d'une continuité juridique est encore plus nette en matière de plein contentieux. Elle se traduit par une notion classique en ce domaine, le lien de causalité. Que signifie, en effet, l'affirmation d'un lien de causalité entre l'illégalité d'un acte et le préjudice allégué par le requérant, sinon qu'une continuité juridique existe entre cette illégalité et ce préjudice ?

¹⁴ G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, RDP 1913, p. 294.

Le lien, source du caractère opérant, apparaît désormais moins obscur. L'exception d'illégalité pourra être opérante si l'acte qui en est l'objet est uni à celui visé par le recours principal¹⁵ par une continuité juridique. "La condition de continuité semble aller de soi. On ne voit pas, en effet, comment un requérant pourrait être recevable à exciper de l'illégalité d'une décision s'il existe une rupture de droit entre celle-ci et la décision attaquée"¹⁶.

Cela est le plus souvent aperçu par la doctrine, qui exige qu'existe une continuité juridique entre les actes telle "que la légalité de la décision antérieure conditionne celle de la décision postérieure"¹⁷.

Cependant, des confusions doivent être évitées.

En effet, la notion d'opération complexe¹⁸ ayant été seule étudiée de manière approfondie, certains auteurs ont cru pouvoir limiter la condition de continuité juridique à cette notion. La restriction est regrettable car si la continuité se traduit effectivement par un conditionnement de la légalité d'une décision par celle d'une autre et justifie l'admission de l'exception d'illégalité de cette dernière, il est nécessaire de subordonner le caractère opérant de toute exception d'illégalité à l'existence d'une telle continuité.

Doit donc être nuancée l'affirmation selon laquelle "en matière d'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire, le Conseil d'État fait de cet aspect du lien de continuité un élément de recevabilité du moyen. Il déclare irrecevable et non

¹⁵ Lorsqu'il s'agit de plein contentieux, ce deuxième acte est le refus d'indemniser ou la décision d'indemniser à un niveau jugé trop faible par la victime. Son exigence découle certes de pures considérations contentieuses, mais il permet de présenter de manière unitaire le cas de l'opérance de l'exception dans le recours pour excès de pouvoir et dans le recours en responsabilité. La considération de cet acte ne provoque, au surplus, aucune erreur de raisonnement tant il est lui-même lié à la faute et au préjudice, sources de la responsabilité.

¹⁶ F. Chevallier, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, AJDA 1981, p. 331.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ V. infra, Chapitre II, p. 475 et s.

inopérant, le moyen tiré de l'illégalité de la décision antérieure lorsque cette illégalité ne conditionne pas la légalité de la décision antérieure"¹⁹.

Ce n'est pas en raison d'une dilution de la notion qu'il "faudrait admettre que le lien de continuité ne serait plus spécifique de la notion d'opération complexe en ce sens qu'il ne commanderait pas la recevabilité de l'acte particulier, mais seulement le caractère opérant de celle-ci"²⁰. Il est plus satisfaisant de considérer que "le caractère direct du lien réunissant les différentes phases d'une opération complexe se réduit (...) à cette continuité qui doit être relevée pour que soit opérant un moyen tiré de l'illégalité d'un acte antérieur quelconque à l'appui de conclusions dirigées contre un acte postérieur"²¹.

Aucune exception d'illégalité n'est opérante si l'acte qu'elle vise n'est uni au recours principal par une continuité juridique.

Cependant, il serait insuffisant d'en rester là. Un nouvel affinement de la notion de continuité juridique est nécessaire car toute exception d'illégalité en son sein n'est pas opérante.

Deux actes ne sont unis par une continuité juridique, justifiant l'exception d'illégalité de l'un à l'appui du recours exercé contre l'autre, que s'ils sont unis par un lien direct. Cette exigence est naturelle : elle s'impose par la notion même de continuité juridique. Dire que deux actes sont liés directement l'un à l'autre c'est rappeler qu'ils concourent à une même opération juridique, qu'il s'agisse de l'élaboration ou de l'application d'une norme.

Ce lien direct n'est pas contradictoire avec la possibilité déjà notée, d'une continuité juridique médiate entre les actes en cause. En effet, l'interposition d'un troisième acte n'empêche pas l'existence, par dessus lui, d'un lien direct entre les

¹⁹ F. Chevallier, art. préc.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

autres. Certes, il assure leur union au sein du processus juridique mais leur nature même justifie cette liaison, que l' "acte-tiers" ne fait concrètement que formaliser.

La situation change, cependant, lorsque ce dernier acte est au croisement de deux continuités juridiques distinctes et permet une liaison, accidentelle et non naturelle, d'actes relevant de chacune d'elles. Il n'existe alors aucun lien direct entre eux, puisque leur rapprochement se fait exclusivement par le biais de l' "acte-tiers" et donc, indirectement.

Dans une telle hypothèse, faute de lien direct au sein d'une continuité juridique, l'exception d'illégalité de l'un ne serait pas possible au soutien du recours contre l'autre.

Mais le lien direct suffit-il à rendre l'exception d'illégalité opérante ?

Il ne le semble pas. En effet, pour être opérante, l'illégalité de l'acte qui en est l'objet doit influencer sur la solution du litige, qu'il s'agisse d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux. Or l'existence d'une continuité juridique pour être nécessaire n'est pas suffisante. Toute exception d'illégalité au sein de l'opération juridique n'est pas obligatoirement opérante. Encore faut-il qu'il existe entre les actes concernés un lien de nécessité.

Cela ne signifie pas que tous les actes qui en font partie doivent être nécessaires les uns aux autres²² de façon réciproque. En effet, lorsque, par exemple, l'administration désire appliquer une réglementation dans une situation déterminée, la règle préexiste sans que lui soit nécessaire une application.

Cela signifie plutôt qu'au sein d'une opération traduisant une continuité juridique, l'exception d'illégalité d'un acte ne sera opérante que si celui-ci est nécessaire au second²³. Ce n'est qu'en ce cas que son illégalité est susceptible de

²² Nous verrons ultérieurement cependant qu'une telle réciprocité doit exister dans le cadre de l'opération complexe. Mais, la notion de nécessité n'y est pas identique car elle vise l'acquisition des droits nés du premier acte et non le fondement de celui-ci dans le second. L'hypothèse de deux actes administratifs nécessaires l'un à l'autre au sens que nous allons donner à ce terme ici paraît, par ailleurs, bien improbable.

²³ Qu'il s'agisse d'un acte attaqué pour excès de pouvoir ou d'un acte de refus d'indemnisation attaqué au plein contentieux.

contaminer ce dernier et d'en entraîner l'annulation ou l'engagement de la responsabilité de l'administration. Pour reprendre l'exemple d'une mesure d'application d'une réglementation, celle-ci est bien nécessaire à celle-là et son illégalité justifiera l'annulation de la décision d'application.

La précision est d'importance car elle exclut l'exception d'illégalité, au sein d'une même continuité juridique, d'un acte qui ne serait pas nécessaire à celui attaqué pour excès de pouvoir ou qui ne serait pas nécessaire à la reconnaissance de la responsabilité publique.

Pour résumer ces observations par trop théoriques, afin de mieux en appréhender les résultats, il convient de noter que si une continuité juridique doit unir l'acte dont l'illégalité est excipée au recours principal, cela ne suffit pas à rendre l'exception d'illégalité opérante. Il faut encore que le premier soit nécessaire au second.

Apparaît alors une sorte de "sens" qui fait que si l'illégalité d'un acte peut être invoquée à l'appui du recours contre un autre, l'inverse ne sera pas possible. En effet, le lien de nécessité se traduit par le fait que l'acte attaqué a besoin, pour être légal de l'existence, et plus précisément de la légalité, de l'acte dont il est excipé. Or, il n'en est ainsi que lorsque le premier "s'appuie" juridiquement sur le second qui le fonde, ou du moins, justifie juridiquement son édicton.

"Lorsqu'un acte est nécessaire pour qu'un autre existe et soit légal, son illégalité doit trouver une sanction ; c'est pourquoi la notion de base nécessaire peut permettre d'améliorer le contrôle, sans excès, car les actes qui constituent le support nécessaire d'un autre ne sont tout de même pas légion"²⁴.

²⁴ P. Hubert, concl. sur CE Sect. 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs E. Leclerc, *RFDA* 1992, p. 499. L'auteur ajoute : "La théorie des opérations complexes, pour sa part, qui permet d'invoquer l'illégalité de décisions non réglementaires devenues définitives repose sur la même logique, celle d'un lien de nécessité entre plusieurs décisions".

La notion classique de moyen inopérant transposée au cas de l'exception d'illégalité d'un acte administratif permet d'identifier précisément ce qui rend une exception opérante.

Pour qu'une exception d'illégalité soit susceptible d'influer sur la solution du litige, et soit de ce fait opérante, il faut que l'acte qui en est l'objet soit nécessaire à celui qui est attaqué directement, et forme avec lui une continuité juridique. La même exigence vaut que le recours principal soit un recours pour excès de pouvoir ou un recours de plein contentieux.

Ce n'est que dans une telle hypothèse que joue une métaphore architecturale et physique sur le phénomène juridique constitué par l'exception d'illégalité : "un édifice juridique a été construit sur une base démolie : tout s'écroule"²⁵.

La conjugaison de ces deux éléments est effectivement le critère de l'opérance²⁶ de l'exception d'illégalité puisque, dès lors que l'un d'eux est absent, le juge rejette l'exception pour inopérance.

2 - Le cumul des deux éléments.

L'exception d'illégalité ne saurait être opérante lorsqu'elle vise un acte qui est seulement le support nécessaire de celui attaqué par le recours principal ou lorsque l'un et l'autre, relevant de législations différentes, ne s'inscrivent pas dans une même continuité juridique.

a - L'inopérance de l'exception d'illégalité d'un acte seulement nécessaire à celui attaqué au principal.

²⁵ G. Jèze, art. préc.

²⁶ Nous nous permettrons d'employer dorénavant ce néologisme utilisé par certains auteurs (v. notamment, le professeur Chapus dans son ouvrage de Droit du contentieux administratif).

L'exception d'illégalité d'un acte n'est opérante que s'il apparaît nécessaire à l'acte attaqué au principal. Mais, il faut encore que tous deux s'inscrivent dans une même continuité juridique.

La complexité actuelle de certaines branches du droit génère parfois des situations intermédiaires où, bien que relevant d'une réglementation distincte, un acte peut s'avérer nécessaire à un autre. Les conditions d'opérance de l'exception d'illégalité n'ayant guère été déterminées, la jurisprudence et la doctrine, confrontées à ces situations ambiguës, ont éprouvé quelques difficultés.

Les deux éléments précédemment identifiés d'être réunis, ce type d'exception d'illégalité constitue un moyen inopérant.

Se concentrant sur le rapport de nécessité existant entre les décisions concernées, un auteur a proposé de reconnaître comme nouveau critère de l'opérance de l'exception d'illégalité, le fait que l'acte qui est visé doit avoir rendu possible l'acte attaqué au principal. Rejetée par le juge administratif, la proposition a alors été vigoureusement critiquée. Mais, s'il ne méritait pas cet excès d'honneur, le lien de nécessité ne méritait pas non plus une telle indignité...

Le débat fut soulevé par le commissaire du gouvernement Labetoulle à l'occasion de l'affaire Bert²⁷. Le problème juridique rencontré était de savoir si l'irrégularité d'un arrêté préfectoral modifiant les limites d'un lotissement, acte réglementaire, pouvait être invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre l'acte créant une zone d'aménagement concerté sur les parcelles ainsi soustraites au lotissement. Les deux décisions, intervenues dans le cadre de réglementations distinctes, ne s'inscrivaient donc pas dans une continuité juridique. Mais considérant qu'une zone d'aménagement concerté ne pouvait être créée à l'intérieur d'un lotissement et que la modification de l'emprise de celui-ci

²⁷ V. CE Sect. 17 octobre 1980, Bert, p. 370, concl. Labetoulle; *AJDA* 1980, p. 651, chr. Feffer.

avait seule rendu possible la création de la zone, le commissaire du gouvernement souhaitait voir l'exception reconnue opérante.

Selon lui, en effet, "dire que ce n'est qu'au vu d'un acte A qu'un acte B peut intervenir c'est bien dire que l'acte B est pris "en application" de l'acte A. L'hésitation que l'on peut ici avoir à première vue tient à ce que l'arrêté qui autorise le détachement de certains terrains du lotissement, au lieu de créer, positivement, le régime en application duquel intervient l'acte ultérieur, supprime (pour ces terrains) le régime (celui du lotissement) qui faisait légalement obstacle à la création immédiate de la zone d'aménagement concerté. C'est cette sorte d'inversion qui crée le doute. Mais en y regardant de plus près, il devient évident que c'est la même chose. Dans les deux cas donc il y a bien ce lien direct et nécessaire qui peut faire jouer le mécanisme de l'exception d'illégalité"²⁸.

Ce point de vue n'a pas convaincu le Conseil d'État qui a clairement rejeté l'exception comme inopérante. C'est implicitement, mais nécessairement, la rupture de droit entre les deux actes, intervenus au titre de législations profondément distinctes (au point d'ailleurs que l'application de l'une excluait celle de l'autre), qui motive la solution.

Le juge administratif n'a pas refusé de "substituer au critère de l'acte "pris pour l'application de" celui de l'acte "rendu possible par"²⁹. Il a simplement affirmé que si le lien de nécessité pouvait se manifester par l'un ou l'autre, encore fallait-il une continuité juridique que seule l'identité de législation assure.

L'acte qui rend possible un autre peut voir sa légalité contestée à l'appui du recours contre ce dernier, mais cette seule condition est insuffisante. Voilà pourquoi le lien de nécessité ne doit pas être sous-estimé ni surestimé. Il est nécessaire mais non suffisant.

²⁸ D. Labetoulle, concl. préc.

²⁹ M-A. Feffer, chr. préc.

Une preuve supplémentaire peut être trouvée dans le contentieux de l'urbanisme commercial. Alors même qu'une autorisation d'ouvrir une grande surface doit intervenir préalablement au permis de construire, et que de ce fait, seul son octroi rend possible la délivrance du permis, le lien de nécessité est insuffisant pour rendre opérante l'exception d'illégalité³⁰ d'un acte relevant d'une législation indépendante de celle de l'urbanisme *stricto sensu*.

b - L'inopérance de l'exception d'illégalité entre des actes relevant de législations ou de réglementations différentes.

Le Conseil d'État déduit fréquemment le caractère inopérant de l'exception d'illégalité invoquée devant lui du fait que les deux décisions en cause "qui doivent être prises en vertu de législations distinctes et selon des procédures entièrement indépendantes ont chacune une portée et un contenu propre et sont sans connexité l'une avec l'autre"³¹.

Cela confirme l'exigence d'une continuité juridique entre l'acte visé par l'exception d'illégalité et celui contre lequel est dirigé le recours principal.

Comment pourrait-il exister de continuité entre des décisions relevant de deux ensembles juridiques étrangers, ayant chacun leur portée et leur contenu propre ? Plus encore, et pour rappeler la définition minimale de l'opérance d'une exception d'illégalité, comment l'illégalité éventuelle d'un acte, intervenu au titre d'une certaine législation, serait-elle susceptible d'influer sur la légalité d'un autre

³⁰ V. CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica Optique Centraix, préc : peut-être faut-il voir dans l'existence de ce lien de nécessité l'explication du rejet regrettable pour irrecevabilité, et non pour inopérance, de l'exception par le Conseil d'État. Sur le fait que l'annulation de l'autorisation d'ouvrir un centre commercial a pour conséquence l'annulation du permis de construire, v. CE 10 juin 1983, Delahaye et Gault, p. 237 ; CE 8 novembre 1985, Société civile immobilière du Moulin, p. 814. Cette solution n'est pas contradictoire avec l'absence d'opérance de l'exception d'illégalité car si l'existence d'un lien suffisant pour rendre celle-ci opérante permettra, le cas échéant, une annulation par voie de conséquence, l'inverse est inexact. En effet, l'annulation par voie de conséquence joue plus largement, puisque la disparition d'un acte de l'ordre juridique peut à elle seule entraîner celle d'actes distincts. Le cas de l'urbanisme commercial est à cet égard exemplaire.

³¹ CE 1er juillet 1959, Piard, p. 413.

acte relevant d'un autre ensemble juridique³² ? Il n'y a là assurément aucune difficulté : l'hétérogénéité des ensembles juridiques concernés, signe de leur discontinuité, interdit toute exception d'illégalité entre des actes s'y insérant.

Les hypothèses jurisprudentielles qui ont consacré cette inopérance pour indépendance des législations, des réglementations, voire des procédures, sont multiples.

Elles ont, curieusement, surtout porté sur le contentieux de l'urbanisme et les domaines voisins. Peut-être faut-il en trouver l'explication dans le foisonnement législatif qui caractérise, plus qu'ailleurs, ce champ du droit administratif. Perdus dans une forêt de textes, les plaideurs sont naturellement enclins, par erreur ou par hardiesse, à imaginer des liaisons juridiques entre ceux-ci.

Le Conseil d'État a reconnu inopérante l'exception d'illégalité d'une déclaration d'utilité publique à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire³³. La solution s'impose d'évidence : le premier acte relève de la législation de l'expropriation, le second de celle de l'urbanisme et aucun des deux n'est juridiquement nécessaire à l'autre.

Pareillement est rejetée comme inopérante l'exception d'illégalité d'une déclaration d'utilité publique au soutien du recours contre l'acte d'approbation du plan d'aménagement de zone d'une zone d'aménagement concerté³⁴ ou l'exception du second acte à l'occasion du recours contre la déclaration³⁵. L'exception d'illégalité de la déclaration d'utilité publique d'une réserve foncière instituée par un plan d'occupation des sols n'est pas plus opérante dans le cadre

³² L'exigence d'identité des législations ne soulève, par hypothèse, aucune difficulté en matière de contentieux de la responsabilité. Cela ne peut que corroborer la justesse de la condition relative à la continuité juridique existant entre les actes en cause dans une exception.

³³ V. par exemple, CE 27 mai 1959, Association pour la sauvegarde du parc des sports Rondenay, p. 322 ; *AJDA* 1955, p. 288, concl. Laurent ; TA Strasbourg 10 avril 1986, Commune d'Altorf, p. 672 ; CE 29 mai 1987, Comité d'Information pour la protection du cadre de vie à Honguemare-Guénouville, *DA* 1987, n° 458 ; *CJEG* 1987, p. 792, note Hétier ; CE 30 octobre 1987, Association pour la sauvegarde du littoral des communes de Crach, Saint Philibert et Locmariaquer, p. 775.

³⁴ V. TA Amiens 20 décembre 1977, Association de défense des creillois de la rive gauche, p. 654.

³⁵ V. CE 28 octobre 1987, Association pour la défense des sites et paysages, p. 327 ; *D* 1990, Som, p. 20, obs. Bon.

de la contestation de l'arrêté rendant public ce plan³⁶ que celle d'une autoroute ne l'est à l'appui du recours dirigé contre la décision de passer une convention de concession de cet ouvrage public³⁷ ou que celle d'une centrale nucléaire au soutien du recours contre l'autorisation d'ouvrir cette dernière³⁸. Le moyen tiré de l'illégalité d'une autorisation de défrichement est pour les mêmes raisons inopérant à l'égard de la légalité de la déclaration d'utilité publique de travaux de construction d'une bretelle d'autoroute³⁹.

Par ailleurs, "l'autorisation d'ouverture d'un établissement classé et le permis de construire [ayant] été accordés en vertu de législations distinctes et suivant des procédures indépendantes et [étant] sans connexité l'une avec l'autre, (...) le moyen tiré de l'irrégularité de l'autorisation d'ouverture à l'appui d'un recours dirigé contre le permis de construire est inopérant"⁴⁰.

Citons enfin en matière d'urbanisme, l'inopérance de l'exception d'illégalité d'une concession d'endigage dans le cadre du recours contre un arrêté portant création d'une zone d'aménagement concerté⁴¹, ou de celle de la création d'un stade lors de la contestation du permis de construire les vestiaires de celui-ci⁴² ou

³⁶ V. CE 1er février 1989, Durand et Commune de Génissac, p. 871.

³⁷ V. CE Ass. 14 février 1975, Époux Merlin et association de défense des habitants du quartier de Super La Ciotat et de Ceyreste, p. 110 ; *RDP* 1975, p. 1705, note Waline ; *AJDA* 1975, p. 229, chr. Franc ; *D* 1976, J, p. 144, note Boivin. Il convient de noter que cet arrêt constitue un important revirement de jurisprudence mais l'état du droit antérieur n'était pas contraire à notre hypothèse puisque, précisément, il existait, de par les termes de la loi du 18 avril 1955, institutrice du procédé des autoroutes, une continuité juridique entre la déclaration d'utilité publique et la convention de concession car le recours à ce procédé devait être décidé dans l'acte déclaratif lui-même (pour une application, v. CE Sect. 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, *D* 1961, p. 663, concl. Kahn). L'abandon de cet état du droit, et donc le revirement de jurisprudence, résultent de l'intervention du décret du 4 juillet 1960, confirmé par le décret n° 70-398 du 12 mai 1970, dont l'arrêt Époux Merlin constitue une juste application.

³⁸ V. par exemple, CE 28 février 1975, Herr, p. 162 ; *RTDE* 1975, p. 747, note Hébert. V. également, concernant l'inopérance de la création d'une centrale nucléaire à l'appui du recours pour excès de pouvoir exercé contre la déclaration d'utilité publique des travaux de construction, CE 4 mai 1979, Département de la Savoie, *AJDA* 1979, p. 39, note Bockel.

³⁹ V. CE 21 juillet 1989, Association de défense contre Astérix Land, p. 729.

⁴⁰ CE 2 octobre 1964, Ministre de la construction c/ Girard, p. 442. V. également, CE 1er juin 1959, Piard, p. 413 ; CE 6 juin 1973, Verne et Beaugier, p. 402 ; CE 9 février 1977, Dame Phuez, p. 855.

⁴¹ V. CE 20 mai 1977, Paoli, p. 1000.

⁴² V. CE 31 mars 1989, Association pour la protection et l'amélioration du cadre de vie du quartier des 16 arpents, p. 1002.

de celle de la révision d'un plan d'occupation des sols au soutien du recours contre l'autorisation d'ouvrir un centre commercial⁴³.

Le caractère inopérant de l'exception d'illégalité d'un acte intervenu en vertu d'une législation distincte de celle de l'acte attaqué pour excès de pouvoir joue principalement mais non uniquement en urbanisme.

La solution a été, également, appliquée à l'exception visant une décision de refus de la qualité de mort en service commandé au père d'un jeune homme désireux d'obtenir l'annulation du refus de dispense du service national qui lui a été opposé⁴⁴. Dans le droit de la fonction publique, elle a conduit à écarter comme inopérante l'exception d'illégalité d'une mise en réforme à l'appui d'un recours contre une décision de mise en non activité par retrait d'emploi⁴⁵.

De ce rapide exposé de la jurisprudence, il ressort manifestement que la notion d'indépendance des législations n'a été utilisée par le juge qu'à l'égard des actes individuels ou particuliers⁴⁶.

Ce phénomène semble trouver sa source dans la plus grande difficulté à établir les relations entre deux actes de cette nature qu'entre l'un d'eux et un acte réglementaire. En effet, il y a rarement de doute quant à la continuité juridique et au lien de nécessité unissant un règlement et un acte non réglementaire. De ce fait, les requérants ne sont guère tentés de soulever des exceptions d'illégalité dont ils savent qu'elles sont vouées à l'échec. Au contraire, la confusion, la technicité et l'interpénétration des législations et réglementations, surtout en droit de l'urbanisme, rendent moins claire la continuité juridique existant entre des actes qui, relevant de législations différentes, concourent néanmoins à une même

⁴³ CE 27 avril 1984, Société Hypermarché Continent, p. 159.

⁴⁴ V. CE Sect. 9 octobre 1970, Falceto, p. 558.

⁴⁵ V. CE 9 juillet 1965, Brochant, p. 855.

⁴⁶ Si l'on excepte l'arrêt Société Hypermarché Continent, préc.

opération d'aménagement⁴⁷. Ces incertitudes ont permis ou engendré certaines audaces contentieuses de la part de justiciables, qui, en cette matière, ont pour habitude de faire flèche de tout bois.

Cela ne justifie pas d'en conclure à la limitation de l'exigence d'une identité de législation ou de réglementation au seul cas de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires, c'est-à-dire à l'existence d'une opération complexe. Cette conception est, toutefois, dominante en doctrine⁴⁸.

Ainsi, M. Chevallier, décrivant les mécanismes rendant opérante une exception d'illégalité, réserve au cas de l'opération complexe l'exigence d'une continuité juridique au sein d'une même législation : le "caractère juridique du rapport de continuité est compris de manière très stricte dans la conception classique de la notion d'opération complexe. Dans cette conception il est, en effet, nécessaire que cette continuité se situe dans le cadre d'une même législation"⁴⁹.

Le professeur Chapus est encore plus affirmatif : "On doit (...) remarquer qu'il y a peu de chances pour que les décisions successives apparaissent comme les éléments d'une opération complexe, quand elles procèdent de législations distinctes (ou *indépendantes*). C'est quand elles sont prises *en vertu d'une même législation*⁵⁰ que l'opération complexe sera normalement reconnue"⁵¹.

L'opinion est également partagée par certains membres du Conseil d'État. M. Genevois, établissant rigoureusement les lignes directrices de la notion d'opération complexe inférait de la jurisprudence "que l'opération complexe se présente dans le cadre d'une même législation, ceci afin d'éviter que la dérogation apportée par cette notion aux règles concernant le délai de recours contre les

⁴⁷ Il en est ainsi, par exemple, en matière d'expropriation en vue de la construction d'immeubles soumis à permis de construire.

⁴⁸ Il ne semble pas que juge s'y soit rallié. Le phénomène jurisprudentiel observé s'explique effectivement par les motifs exposés plus haut.

⁴⁹ F. Chevallier, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, AJDA 1981, p. 331.

⁵⁰ Ce n'est pas nous qui soulignons.

⁵¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 593.

actes non réglementaires ne se double d'une exception apportée aux règles de l'intérêt pour agir. Une personne qui n'avait pas intérêt à contester par la voie de l'action la légalité du premier acte d'une procédure ne doit pas normalement être admise à contester ultérieurement par la voie de l'exception, l'illégalité de l'acte initial"⁵².

Que l'exigence se rapporte, selon les auteurs, au souci de stabiliser les situations non réglementaires ou à celui d'éviter un élargissement de l'intérêt à agir, la démonstration est effectuée pour le seul cas de l'opération complexe.

L'un des auteurs cités explique pourtant que "lorsque deux actes relèvent de deux législations différentes, ils ont chacun un objet propre, et l'autorité compétente pour édicter l'acte postérieur n'a pas nécessairement à apprécier la régularité de l'acte antérieur au regard de la législation dans le cadre de laquelle il intervient"⁵³. La même exigence ne s'impose-t-elle pas aussi bien pour l'opération complexe que, plus généralement, pour toute exception d'illégalité ?

"On ne voit pas en effet, comment un requérant pourrait être recevable à exciper de l'illégalité d'une décision s'il existe une rupture de droit entre celle-ci et la décision attaquée"⁵⁴.

La façon la plus satisfaisante de présenter l'état du droit est donc d'étendre l'exigence d'identité de législation à tous les cas d'exception d'illégalité. Cette solution se déduit logiquement du principe de continuité juridique.

Il convient, par ailleurs, de noter l'absence de toute dérogation sérieuse au principe. Il ne semble pas, en effet, que le juge ait reconnu opérante une exception

⁵² B. Genevois, concl. sur CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica Optique Centraix p 418. V. également la même opinion chez M. de la Verpillière, concl. sur CE Sect. 23 décembre 1988, Association de défense de la qualité de la vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches du Rhône, *CJEG* 1989, p. 273 ; *D* 1990, SC, p. 13, obs. Bon.

⁵³ F. Chevallier, art. préc.

⁵⁴ Ibid.

visant un acte relevant d'un ensemble juridique étranger à celui attaqué au principal.

Si le Conseil d'État a admis qu'à l'appui du recours pour excès de pouvoir dirigé contre la déclaration d'utilité publique de l'expropriation d'immeubles, puisse être invoquée par voie d'exception l'illégalité de l'acte les déclarant insalubres, c'est en raison de l'origine commune de ces deux actes, issus tous deux de la loi du 10 juillet 1970.

Par ailleurs, en matière d'urbanisme commercial, le juge a exclu la possibilité de soulever l'exception d'illégalité de l'autorisation de créer un centre commercial au soutien du recours dirigé contre le permis de construire⁵⁵. Certes, le rejet est intervenu en raison du caractère définitif de la première décision, et donc pour irrecevabilité et non pour inopérance, ce qui signifie implicitement que l'exception aurait été opérante en cas contraire⁵⁶.

Il est préférable, toutefois, d'interpréter la solution comme refusant tout lien entre les deux actes. En effet, le Conseil d'État a suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement, qui réservait l'exigence de l'identité de législation aux seules opérations complexes. Cela le conduisait implicitement à admettre le caractère opérant de l'exception d'illégalité, mais à nier sa recevabilité, faute d'un lien suffisant pour permettre de passer outre au caractère définitif de l'acte visé. C'est exactement le raisonnement retenu par le juge dans l'arrêt.

Or, puisque la logique semble inciter à ranger l'exigence de l'identité de législation parmi les conséquences de la condition de continuité juridique, il aurait été préférable de rejeter l'exception comme inopérante, en raison de la discontinuité juridique existant entre les actes en cause, et ce, qu'ils soient définitifs ou non.

⁵⁵ V. CE Sect. 17 décembre 1982, Société angelica Optique Centraix, préc.

⁵⁶ Sur les rapports entre irrecevabilité et inopérance, cf. infra Section II, p. 328 et s.

Si donc cet arrêt est critiquable en ce qu'il génère une confusion entre recevabilité et opérance, il est juridiquement correct en ce qu'il écarte l'exception d'illégalité d'un acte administratif relevant d'une législation indépendante de celle appliquée par l'acte attaqué au principal.

Mais la confusion s'explique peut-être par l'existence, en l'espèce, d'un lien de nécessité entre les deux actes qui lui étaient soumis.

L'analyse combinée des notions de moyen inopérant et d'exception d'illégalité permet d'affirmer que le caractère opérant de celle-ci ne sera reconnu par le juge qu'au cas où l'acte qui en est l'objet présente avec celui visé par le recours principal un rapport de nécessité au sein d'une continuité juridique. Ce n'est qu'après vérification de la réunion de ces deux éléments que l'examen pourra s'engager au fond.

Le champ d'action de l'exception d'illégalité s'en trouve naturellement limité mais dans une mesure conforme tant au souci de stabiliser les situations juridiques qu'aux exigences de la logique juridique.

Toutefois, les deux éléments rendant opérante l'exception ont également pour effet d'en circonscrire le jeu à des situations qui, pour la plupart, répondent aux mêmes caractères. Ceux-ci n'en sont pas moins extérieurs à la notion d'opérance.

B - Les éléments extérieurs au caractère opérant.

De ce que les actes dont l'exception d'illégalité est opérante présentent souvent des éléments communs, il ne faut pas en inférer qu'ils rentrent dans la définition de l'opérance. Il suffit de constater qu'une exception peut être opérante sans que ces éléments soient réunis. Seuls comptent le lien de nécessité et la continuité juridique. Tout autre élément est indifférent.

Cependant, dans certaines hypothèses, alors même que l'acte excipé d'illégalité est uni à celui contesté au principal par un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique, l'exception d'illégalité peut être rejetée comme inopérante par le juge. Ce sont alors ces éléments qui sont indifférents.

1 - Les éléments indifférents.

Exiger de l'acte visé par l'exception d'illégalité qu'il soit nécessaire à celui attaqué par le recours principal et qu'ils s'intègrent ensemble dans une continuité juridique, n'est-ce pas exiger que le premier soit, tout à la fois, antérieur et supérieur au second ?

S'il répond à ces caractères, l'exception d'illégalité sera immanquablement opérante⁵⁷. Mais il serait inexact d'en conclure à la qualité de condition de ces caractères. En effet, une exception d'illégalité peut être opérante alors même qu'elle vise une décision qui n'y satisfait pas.

a - L'antériorité de l'acte visé par l'exception d'illégalité.

Le plus souvent, l'exigence d'une continuité juridique et d'un lien de nécessité entre les deux actes se traduit par l'antériorité de l'un d'eux, celui visé par l'exception d'illégalité. Mais il n'y a point là une constante. L'existence de quelques hypothèses contraires suffit à classer ce trait parmi les caractères fréquents de mise en oeuvre de l'exception d'illégalité et non parmi ses conditions.

□ - L'antériorité, caractère fréquent.

⁵⁷ Pour peu, évidemment, mais c'est l'hypothèse, qu'ils s'insèrent tous deux dans une continuité juridique, que le premier soit nécessaire au second et qu'aucune des circonstances décrites ci-après ne s'y oppose (v. infra, p. 269 et s.).

L'exigence d'une continuité juridique entre les actes en cause au cours d'un contentieux pourrait s'accommoder de l'opérance de l'exception d'illégalité d'un acte d'exécution à l'appui du recours dirigé contre l'acte initial. Il existe, en effet, une continuité juridique entre eux.

Mais, le lien de nécessité, qui complète et précise cette première condition imprime un "sens"⁵⁸ à l'exception. Il n'est pas indifférent de savoir quel est l'acte qui est attaqué au principal et celui qui est visé par l'exception. Seul l'un d'entre eux est nécessaire à l'autre, en ce sens qu'il en est le fondement, qu'il en conditionne la légalité.

Or, la logique permet d'affirmer que, de ce fait, les illégalités qui entachent les actes d'exécution de celui dont on poursuit l'annulation sont sans influence sur lui, malgré leur insertion dans une même continuité juridique. Il ne saurait en aller autrement sans heurter les principes cartésiens les plus élémentaires. Au surplus, le principe selon lequel la légalité d'un acte s'apprécie, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, au jour de son édicton s'opposerait à une solution contraire⁵⁹.

Il ne faut donc pas s'étonner de constater le rejet systématique, comme moyen inopérant, de l'exception d'illégalité des mesures d'exécution d'un acte à l'appui de sa contestation. Les formules, malgré leur diversité, sont sans ambiguïté : "les mesures prises pour l'exécution des prescriptions dont s'agit ne sont pas de nature à influencer sur la légalité de l'acte attaqué"⁶⁰. "Il ressort du dossier que la nomination du sieur Lebreton en qualité d'architecte de liaison de l'opération de rénovation de l'îlot insalubre est postérieure à sa désignation en qualité de

⁵⁸ V. supra, p. 240 et s.

⁵⁹ Nous réservons l'hypothèse du recours de plein contentieux objectif où l'exception d'illégalité d'une décision postérieure sera admise par le juge. En effet, celui-ci se place alors au jour du jugement et apprécie donc la légalité de l'acte au regard de l'état actuel du droit. L'exception d'illégalité d'actes postérieurs qu'il est censé, par une fiction juridique, devoir respecter, est dès lors opérante. Mais, et c'est là la différence avec l'hypothèse étudiée, l'acte postérieur n'est pas un acte d'exécution de l'acte attaqué, mais un acte dont il est censé lui-même être l'exécution. La nuance est fondamentale et sera étudiée prochainement, v. p. 259.

⁶⁰ CE 18 février 1927, Labrousse, p. 220.

commissaire enquêteur ; elle ne saurait dès lors avoir eu une influence sur la validité de celle-ci”⁶¹.

Le principe ne souffre aucune discussion : l’exception d’illégalité d’un acte est inopérante à l’appui du recours dirigé contre la décision qu’il exécute. Car seule la légalité de celle-ci est nécessaire à celle du premier. La réciproque est impossible.

L’exigence d’un lien de nécessité au sein d’une continuité juridique, qui caractérise les rapports entre l’acte dont l’illégalité est excipée et l’acte attaqué, implique *a priori* l’antériorité du premier. En effet, la notion de continuité n’est pas seulement “spatiale” mais aussi temporelle. Il y a une continuité entre deux actes lorsque l’un étant édicté, un autre survient pour le compléter, le modifier ou l’exécuter.

Ce caractère a pour principale conséquence le problème de la recevabilité de l’exception d’illégalité au regard des conditions de délai. Car si l’acte objet du recours principal a nécessairement été attaqué dans le délai⁶² l’illégalité d’un autre peut être invoquée, alors qu’antérieur au premier, il est définitif. C’est donc en raison du caractère fréquemment antérieur et définitif de cet acte que la jurisprudence a dû s’interroger sur les conditions de recevabilité temporelle de l’exception d’illégalité. Nous verrons ultérieurement qu’elle a opté pour la

⁶¹ CE 17 février 1967, Ville de Cherbourg, p. 77. V. également le rejet du moyen tiré de l’irrégularité de la décision de rejet de la réclamation d’un contribuable comme étant “sans influence sur le bien-fondé de l’imposition contestée”, CE 16 novembre 1983, Jozet, p. 680 ; ou le refus d’annuler, par voie de conséquence de l’annulation d’une décision de renouvellement d’une réquisition, la réquisition initiale et un premier renouvellement, CE 4 juillet 195, Hamet, p. 795. V. de plus, CE 6 juillet 1906, Dame Bertrand-Adoue, p. 612 ; CE 8 janvier 1909, Demoiselle Malaval, p. 15 ; CE Plen. 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l’intérieur, p. 452 ; CE 23 juin 1965, Association dite “Syndicat des commerçants étagistes de la Plaine du Forez”, p. 377. V. enfin, devant le juge pénal, Crim 12 mars 1974, *Bull Crim*, n° 104 : “constitue un moyen de défense inopérant l’exception que celui à qui il est reproché d’avoir enfreint un règlement prétend tirer de l’illégalité alléguée, non de ce règlement lui-même, mais d’actes administratifs individuels qui lui ont fait suite”.

⁶² L’exception d’illégalité étant un moyen, son examen intervient après la détermination de la compétence du juge et de la recevabilité du recours.

perpétuité de celle des règlements mais pour la brièveté de celle des actes non réglementaires.

Il faut, toutefois, se garder de confondre cause et conséquence. Le problème s'est posé en raison des critères d'opérance de l'exception et dût être résolu pour établir la recevabilité de celle-ci.

Il est, en effet, possible que l'exception d'illégalité d'un acte non antérieur à celui attaqué au principal soit opérante.

□ - L'antériorité, caractère non nécessaire de l'exception d'illégalité.

Il suffirait d'identifier une seule hypothèse où l'acte excipé d'illégalité n'est pas antérieur à l'acte dont l'annulation est recherchée, pour que notre affirmation soit exacte. Il en existe trois.

La première a fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle et se justifie par un principe contentieux. Il s'agit de l'exception d'illégalité d'un acte postérieur à celui attaqué au principal, non pas devant le juge de l'excès de pouvoir, mais devant le juge du plein contentieux.

Ce dernier, lorsqu'il apprécie la légalité d'un acte, est tenu de se placer au jour du jugement. Il doit, de ce fait, tenir compte des éventuelles modifications de l'état du droit survenues postérieurement à l'acte attaqué. Lorsque celui-ci a été pris au titre d'une certaine réglementation, les changements ultérieurs de celle-ci ne sont pas sans influence sur lui. Il est, dès lors, tenu de lui être encore conforme au jour du jugement. L'exception d'illégalité apparaît si l'une des parties invoque l'illégalité de l'acte postérieur au regard duquel l'acte initial est apprécié. Plus encore que pour la reconstitution de la carrière d'un fonctionnaire révoqué, il y a là une étonnante fiction juridique...

Le Conseil d'État a rencontré récemment une semblable situation, dans l'affaire Colombet⁶³. Était invoquée l'exception d'illégalité de l'arrêté d'approbation d'un plan d'occupation des sols modifiant le zonage d'une parcelle tel qu'il était prévu dans le plan rendu public, à l'occasion du recours, de plein contentieux "objectif", exercé contre une décision d'autorisation d'exploiter une station de criblage et lavage de sables, prise au regard du plan rendu public.

Rappelant "que le juge, lorsqu'il est saisi d'une demande dirigée contre une décision autorisant ou refusant d'autoriser l'ouverture d'un établissement classé pour la protection de l'environnement, fait application des dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date de son jugement" et "qu'au nombre des dispositions régissant les établissements classés figurent celles qui, dans les plans d'occupation des sols, déterminent les conditions d'utilisation des sols dans les zones déterminées par ces plans", le juge en a conclu à la recevabilité, et donc implicitement à l'opérance, de l'exception d'illégalité du plan d'occupation des sols approuvé.

Comme le notait le commissaire du gouvernement, "pour un esprit logique, pour pouvoir être regardée comme "prise en application" d'un règlement, une décision doit avoir une dépendance, ou à tout le moins une concomitance

⁶³ CE 7 février 1986, Colombet, *RD* 1986, p. 1161, concl. Dandelot ; *CJEG* 1986, p. 434, note Delpirou. V. pour le jugement du tribunal administratif sur cette affaire, TA Dijon 16 juin 1981, Dame Bonnel, *D* 1982, J, p. 81, note Gilli. V. pour un arrêt antérieur, CE 17 mars 1972, Auchier, p. 231, où le Conseil d'État a admis la recevabilité du moyen tiré de l'illégalité d'un plan d'urbanisme directeur, approuvé le 18 janvier 1967, à l'appui d'un recours contre le refus, datant de mars 1964, d'enjoindre à une société d'exploiter un établissement industriel et, pour un arrêt postérieur, CAA Bordeaux 25 février 1993, SA Famétal, *DA* 1993, n° 346, *AJDA* 1993, p. 704, obs. Barros : "lorsqu'il est saisi d'une demande dirigée contre une décision autorisant ou refusant d'autoriser l'ouverture d'une installation classée pour la protection de l'environnement, le juge administratif doit apprécier cette demande au regard des circonstances de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue sur le litige ; par une délibération du 7 novembre 1990, postérieure à l'introduction de la requête devant la Cour, le conseil municipal (...) a approuvé la modification du plan d'occupation des sols de la commune, cette modification a eu pour seul objet, en permettant dans la zone concernée "l'extension ou la transformation des installations classées existant ou ayant existé sur le terrain dans un délai de 15 ans précédent la demande" de favoriser la réalisation des projets de la société Famétal ; elle ne répond à aucun souci d'urbanisme ; ainsi, elle est entachée de détournement de pouvoir ; il s'ensuit que la décision d'autorisation attaquée ne saurait trouver son fondement juridique dans cette disposition illégale et que la légalité de l'autorisation doit, en conséquence, être appréciée par rapport aux règles du POS en vigueur antérieurement".

chronologique, avec le règlement. En l'espèce, il peut sembler singulier qu'une décision prise le 31 mai 1978 soit considérée comme prise en application d'un arrêté intervenu l'année suivante⁶⁴. La solution est cependant dictée par une logique distincte, la logique juridique, telle qu'elle se manifeste au travers des pouvoirs du juge du plein contentieux objectif.

Le plein contentieux, entendu cette fois comme le contentieux de la responsabilité, nous offre un autre exemple d'exception d'illégalité d'un acte non antérieur. Lorsqu'est invoquée l'illégalité d'un acte pour obtenir une réparation de la faute ainsi commise, il y a concomitance entre l'illégalité, appréciée dans le cadre de l'exception, et la faute, génératrice de la responsabilité et objet du recours principal.

L'existence d'une décision de refus d'indemniser de la part de la puissance publique, n'y change rien : il s'agit, là encore, de l'application d'une règle de pure procédure qui reste sans influence. En effet, il est des cas où la responsabilité de l'administration n'est pas soumise à une décision préalable et où, de ce fait, la concomitance "acte illégal-faute" est manifeste. Il suffit de rappeler la dispense générale de décision préalable en matière de dommages de travaux publics. L'illégalité d'une décision administrative, prise au cours de tels travaux, engagera par elle-même la responsabilité de la puissance publique. Il y aura alors identité entre le fait à l'origine du préjudice et de la responsabilité, la faute, et l'exception d'illégalité.

Le contentieux de l'excès de pouvoir pourrait offrir également l'exemple d'une exception d'illégalité d'un acte non antérieur à celui attaqué au principal. Il en serait ainsi lorsque les deux actes n'en forment en réalité qu'un seul. N'y aurait-il pas exception d'illégalité si, à l'appui du recours contre certaines dispositions d'un acte, un requérant, ou le juge par le biais d'un moyen d'ordre public, se fondait sur l'illégalité d'une ou plusieurs autres dispositions du même acte ? Si

⁶⁴ M. Dandelot, concl. préc.

cette illégalité contaminait les dispositions attaquées, sans pour autant en être indivisibles - car alors le recours serait rejeté par application du principe selon lequel le juge ne peut statuer *ultra petita*⁶⁵ - elle serait opérante et justifierait l'annulation de celles-ci.

L'hypothèse est toutefois douteuse⁶⁶. Il n'en va pas de même du cas d'une décision, objet du recours au fond, qui n'est entachée d'irrégularité que pour une partie de ses dispositions mais que le juge annule entièrement en raison de son caractère indivisible. Il s'agit manifestement d'une exception d'illégalité puisque certaines dispositions légales en elles-mêmes sont annulées en raison des vices qui en entachent d'autres⁶⁷. L'indivisibilité de normes juridiques n'est-elle pas la marque de l'existence entre elles d'un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique ?

Un arrêt Époux de Lestang-Parade de 1947 illustre clairement cette situation. "La disposition de l'arrêté attaqué ordonnant l'éloignement des requérants est entachée d'excès de pouvoir ; la disposition qui prévoit la mise sous séquestre de leurs biens est de ce fait dépourvue de base légale ; ainsi, l'arrêté doit être annulé dans son ensemble"⁶⁸.

Certes, ce sont là des hypothèses marginales. Cependant, outre qu'elles ont pu réellement se présenter en jurisprudence, leur simple existence théorique suffit à justifier l'affirmation. Si, le plus souvent, l'acte visé par l'exception d'illégalité est antérieur à celui dont l'annulation est poursuivie, ce n'est pas une condition de son opérance, mais, simplement, un caractère habituel.

⁶⁵ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd, Montchrestien, 1995, n° 782.

⁶⁶ Est-il possible qu'entre des dispositions divisibles d'un même acte, existe un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique ?

⁶⁷ V. par exemple, CE 20 janvier 1971, Meiranesio, p. 55 ; CE 8 janvier 1982, Cron, *DA* 1982, n° 41.

⁶⁸ CE Sect. 7 février 1947, Époux de Lestang-Parade, p. 52. V. également, CE Ass. 4 novembre 1994, Abbé Chalumey, *AJDA* 1995, p. 252, obs. P.L.M.

b - La supériorité de l'acte visé par l'exception d'illégalité.

Comme il semble impliquer un rapport d'antériorité, le lien de nécessité au sein d'une continuité juridique paraît induire une hiérarchie entre les actes concernés. Ne serait ainsi opérante à l'appui du recours exercé contre un acte administratif que l'exception d'illégalité d'un acte qui lui est supérieur dans la hiérarchie des normes.

□ - La supériorité, caractère fréquent.

Comment l'illégalité d'un acte placé en dessous, dans la hiérarchie des actes administratifs, de celui attaqué pourrait influencer sur sa légalité ? Une solution positive paraît heurter le plus élémentaire bon sens.

Un acte individuel ou particulier ne peut conditionner la légalité d'un règlement. En effet, "acte de concrétisation, l'acte unilatéral individuel tire son fondement et sa finalité de l'acte général. Il est dès lors lié à l'acte général par son édicition. Acte de concrétisation, sa vie juridique n'a de sens qu'autant qu'est légal l'acte général initial"⁶⁹.

De la même façon, il apparaîtra ultérieurement que le lien rendant opérante l'exception d'illégalité peut se concrétiser par un rapport d'application⁷⁰ entre l'acte attaqué et celui dont l'illégalité est excipée. Or, "il ne peut y avoir de relation de norme inférieure à supérieure (...) que si la première est l'application de la seconde. Ce rapport d'application signifie que la norme inférieure "concrétise" le contenu de la règle supérieure, qu'elle en précise les modalités pour la rendre

⁶⁹ M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de règlement*, LGDJ, 1977, p. 39.

⁷⁰ V. infra, § 2, p. 276 et s.

applicable ou bien même (s'il s'agit par exemple d'une mesure individuelle) qu'elle applique à tel ou tel destinataire les prescriptions contenues dans la règle générale"⁷¹.

L'exception d'illégalité ne jouerait donc qu'entre des actes hiérarchisés et à l'égard du supérieur au soutien du recours contre l'acte inférieur. Seul un tel rapport hiérarchique justifierait l'influence de l'illégalité du premier à l'égard du second. L'exception d'illégalité serait alors un "contrôle indirect, fondé sur la hiérarchie des normes"⁷².

Force est de constater qu'il en est souvent ainsi, mais non systématiquement. En effet, le lien de nécessité au sein d'une continuité juridique peut exister en dehors de toute hiérarchie entre les actes.

□ - La supériorité, caractère non nécessaire.

La transformation d'un caractère de l'exception d'illégalité en condition de son opérance serait erronée. Il existe des hypothèses où l'exception joue en l'absence de tout rapport hiérarchique entre les actes en cause. Il a été constaté que l'exception pouvait être mis en oeuvre au sein d'un seul acte. Cela montre qu'un rapport de supériorité n'est pas nécessaire.

Plus étonnant encore, l'exception peut jouer entre des actes hiérarchisés, mais viser l'acte de valeur inférieure à celui dont l'annulation est poursuivie. Naturellement, cela n'est possible qu'au sein d'opérations très particulières, où, en vertu de la législation, les décisions s'ordonnent sans respect pour la hiérarchie traditionnelle.

⁷¹ H-M. Crucis, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, 1991, p. 143.

⁷² P. Dubois, *L'exception d'illégalité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, *Cahiers de droit européen* 1978, p. 407.

Une illustration en est trouvée dans le contentieux des Zones d'Aménagement Concerté (ZAC). La création d'une telle zone est décidée par un acte de nature non réglementaire, un acte particulier. Or, d'après l'échelle des normes, son illégalité devrait être indifférente à tout règlement. La solution contraire prévaut en l'espèce car le plan d'aménagement de zone, acte réglementaire, qui intervient à la suite de la création de la ZAC, voit sa légalité déterminée par l'illégalité de celle-ci. Hormis la nature respective des décisions en cause, il n'y a rien là que de très logique. Comment la réglementation relative à une zone serait-elle légale si la zone sur laquelle elle s'applique ne l'est pas elle-même ? La jurisprudence administrative a reconnu le caractère opérant d'une telle exception d'illégalité⁷³.

Dans un autre domaine, le Conseil d'État a accepté d'examiner la légalité d'une délibération d'un conseil général et d'un arrêté préfectoral, tous deux à caractère réglementaire car créant un corps d'inspection sanitaire et sociale et en fixant le statut particulier, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté interministériel inscrivant ce corps sur la liste de ceux soumis au statut particulier de l'inspection de l'action sanitaire et sociale édicté par un décret réglementaire antérieur⁷⁴. En l'espèce, il est dérogé à la hiérarchie formelle des normes : un arrêté préfectoral est formellement inférieur à un arrêté ministériel.

Que dire, par ailleurs, de l'exception d'illégalité des actes préparatoires, actes insusceptibles de toute contestation directe, à l'appui de la contestation des actes intervenus à leur suite, qu'il s'agisse de règlements ou d'actes non réglementaires ? N'y a-t-il pas là une nouvelle preuve de l'absence de condition hiérarchique entre les actes en cause ? L'exemple n'est cependant pas entièrement convaincant car l'insusceptibilité de tout recours n'est pas synonyme d'insignifiance juridique. Mais elle en est certainement un indice.

⁷³ V. CE 23 mars 1979, Valentini, p. 133 ; TA Nice, 23 février 1988, Union des commerçants et artisans de Saint Cyr sur Mer, p. 973 ; CE 26 mai 1993, Letellier, *DA* 1993, n° 376.

⁷⁴ V. CE 26 mai 1978, Syndicat national des personnels de l'action sanitaire et sociale CFDT, p. 216.

L'exception d'illégalité peut, enfin, se produire entre des actes de même valeur, de même nature. Ainsi est-elle opérante classiquement entre des actes réglementaires⁷⁵ ou entre des actes non réglementaires⁷⁶. Un cas particulier mérite de retenir l'attention dès maintenant.

Il s'agit de celui du retrait ou de l'abrogation des actes administratifs. La légalité des actes de retrait ou d'abrogation est fonction de la légalité des actes retirés. La jurisprudence Despujol⁷⁷, telle que modifiée par l'arrêt *Compagnie Alitalia*, soumet l'acte d'abrogation à l'illégalité, initiale ou acquise ultérieurement, de l'acte qu'elle vise. Pour que son abrogation soit légale, il est nécessaire que cet acte soit, au jour où elle est prononcée, illégal. Comment nier la présence dans ce type de contentieux d'une exception d'illégalité ? Semblable démonstration est valable pour le retrait, qu'il vise un règlement⁷⁸ ou un acte individuel⁷⁹.

Abrogation ou retrait d'un règlement ou d'un acte non réglementaire, le mécanisme met nécessairement en oeuvre une exception d'illégalité. Or, celle-ci se produit alors entre des actes de même nature puisque le principe du parallélisme des formes interdit, en principe, de retirer ou d'abroger un acte par un autre de "valeur" inférieure⁸⁰.

⁷⁵ V. CE 9 février Mouan, p. 199 ; CE 13 mai 1949, Bourgain, p. 214 ; CE Ass. 26 juin 1953, *Detruiseux*, p. 320 ; CE Ass. 15 juillet 1954, *Comité de défense des libertés professionnelles des membres de l'ordre des experts comptables et comptables agréés*, p. 488 ; CE 14 décembre 1960, *Syndicat des marchands forains de Béziers*, p. 699 ; CE Ass. 27 février 1970, *Dautan*, p. 141 ; CE 10 juin 1977, *Dame veuve des Moutis*, p. 262 ; CE Sect. 22 décembre 1978, *SA Publimontre*, p. 529 ; CE 7 décembre 1990, *Territoire de Nouvelle-Calédonie*, p. 353.

⁷⁶ V. par exemple, entre actes particuliers, CE 5 novembre 1956, *Nouvellon*, p. 616, où l'exception d'illégalité porte sur la décision fixant le périmètre du remembrement projeté à l'appui du recours contre la décision établissant le plan provisoire de remembrement.

⁷⁷ V. CE Sect. 10 janvier 1930, *Despujol*, p. 30 ; S 1930, 3, p. 41, note *Alibert* ; D 1930, 3, 16, note *P-L. J.*

⁷⁸ V. CE Sect. 14 novembre 1958, *Ponard*, p. 554.

⁷⁹ V. CE 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, p. 790 ; S 1925, 3, p. 9, note *Hauriou* ; *RDP* 1922, p. 552, concl. *Rivet*.

⁸⁰ Dans l'hypothèse de l'abrogation ou du retrait opéré par un acte hiérarchiquement supérieur à celui sur lequel il porte, il y a alors exception d'illégalité d'un acte inférieur à celui dont l'annulation est recherchée.

L'antériorité et la supériorité de l'acte excipé d'illégalité à celui contesté au principal ne sont pas des critères de l'opérance de l'exception. Ils constituent des caractères fréquents mais non nécessaires, des éléments indifférents.

D'autres éléments extérieurs peuvent intervenir en la matière. Leur effet est particulier, puisqu'ils rendent indifférents les caractères de continuité et de nécessité précédemment déterminés. Malgré leur présence, l'exception d'illégalité est inopérante.

2 - L'indifférence des éléments.

Les développements présents ont pour but de montrer qu'une exception d'illégalité satisfaisant à la double condition précédemment établie peut, toutefois, être déclarée inopérante. Il ne s'agit pas d'une dérogation au jeu de la condition mais, plus simplement, de l'intervention d'autres types d'inopérance, en dehors de toute considération relative à l'exception elle-même. Il ne faut donc pas en conclure à l'insuffisance de la condition de nécessité au sein d'une continuité juridique. Ces deux éléments peuvent seulement rester indifférents.

En premier lieu, "les moyens tirés de la contrariété d'une décision à une disposition constitutionnelle sont inopérants lorsque cette décision a été prise en application et en conformité d'une loi"⁸¹. Le raisonnement du juge est aisé à comprendre. Non saisi d'un recours contre une loi qu'il aurait la possibilité de rejeter pour incompétence, il est confronté, à l'occasion d'un recours contre un acte relevant de sa juridiction, à un moyen tiré, soit, directement, de l'inconstitutionnalité d'une loi dont l'acte attaqué fait application, soit, indirectement, de l'illégalité d'un autre acte, dont l'acte attaqué fait application, illégalité résultant elle-même de l'inconstitutionnalité de la loi qui lui sert de fondement.

⁸¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 705.

Logiquement, si l'exception d'inconstitutionnalité ne porte pas sur une loi mais seulement sur un acte administratif intervenu en dehors de tout texte législatif, le juge, non sollicité d'apprécier un tel texte, pourra examiner au fond le moyen. Dans l'hypothèse contraire, le juge doit ranger l'argument en cause parmi les moyens inopérants, pour l'écarter sans aucun examen.

La solution est anciennement admise dans son principe en jurisprudence. L'arrêt Arrighi de 1936⁸², sans utiliser le concept de moyen inopérant est cependant très clair : "Sur le moyen tiré de ce que l'article 36 de la loi du 28 février 1934 en vertu duquel ont été pris les décrets des 4 avril et 10 mai 1934 serait contraire aux lois constitutionnelles : considérant qu'en l'état actuel du droit public français ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux".

Le rejet pour inopérance d'un tel moyen est apparu plus tardivement mais sans ambiguïté désormais : "le moyen tiré par la fédération requérante des termes du Préambule de la Constitution est inopérant à l'égard d'un acte pris par le gouvernement en application des dispositions d'une loi en vigueur"⁸³.

Deux remarques s'imposent.

D'une part, cette jurisprudence prévalait également, avant le revirement marqué par l'arrêt Nicolo⁸⁴, dès lors qu'était en jeu, non plus l'inconstitutionnalité mais la contrariété d'une loi à un traité. Ainsi de l'arrêt Société anonyme René

⁸² CE Sect. 6 novembre 1936, Arrighi, p. 966; *D* 1938, 3, p. 1, concl. Latournerie, note Eisenmann ; *S* 1937, concl. , note Mestre.

⁸³ CE Sect. 10 novembre 1950, Fédération nationale de l'éclairage, p. 548. V. par la suite, CE Sect. 15 février 1961, Leseur, p. 114 ; CE 3 mars 1961, André, p. 154 ; CE 22 mai 1968, Lagrange, p. 815 ; CE Ass. 28 janvier 1972, Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris, p. 86 ; CE Sect. 9 avril 1976, Conseil des parents d'élèves des écoles publiques de la mission universitaire et culturelle française au Maroc, p. 192 ; CE 22 octobre 1979, Union démocratique du travail, *RD* 1980, p. 531, concl. Hagelsteen ; *AJDA* 1980, p. 39, note Genevois ; CE 8 février 1985, Association des centres distributeurs E. Leclerc, p. 26.

⁸⁴ V. CE Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, p. 190, concl. Frydman ; *JCP* 1989, II, 21371, concl. ; *RFDA* 1989, p. 812, concl., p. 824, note Genevois, p. 993, note Favoreu, p. 1000, note Dubouis ; *GP* 12-14 nov 1989, obs. Chabanol ; *AJDA* 1989, p. 756, chr. Honorat et Baptiste, p. 788, note Simon ; *RGDIP* 1990, p. 91, note Boulouis ; *RCDIP* 1990, p. 139, note Lagarde ; *D* 1990, chr., p. 57, art Kovar ; *J*, p. 135, note Sabourin.

Moline⁸⁵ : “ la société requérante ne peut se prévaloir utilement de ce que les dispositions du décret attaqué instituant un agrément exclusif méconnaîtraient les articles 34, 85 et 90 du traité, en date du 25 mars 1957, instituant la Communauté Économique Européenne, dès lors que ces dispositions ont été prises sur le fondement de la loi précitée du 15 juillet 1975”.

D'autre part, la jurisprudence assimile logiquement à une exception d'inconstitutionnalité, l'exception d'illégalité d'un acte administratif ayant fait l'objet d'une validation législative. Le juge rejette alors le moyen comme inopérant⁸⁶, le plus souvent en le déclarant “insusceptible d'être discuté par voie contentieuse”⁸⁷.

Un arrêt Meunier⁸⁸ est particulièrement instructif en ce qu'il distingue l'opérance de l'exception d'illégalité d'un décret, sur le fondement duquel ont été prises des décisions individuelles, selon que ces dernières sont intervenues avant ou après sa validation par une loi. Dans le premier cas, l'exception d'illégalité est opérante, et en l'occurrence fondée, dans le second elle est inopérante.

En deuxième lieu, la théorie des moyens inopérants va s'opposer à l'examen de l'exception d'illégalité d'un acte administratif lorsque la décision qui fait l'objet du recours principal s'est substituée à celle visée par l'exception.

Il en est ainsi, d'une part, lorsqu'un recours administratif est imposé avant la saisine du juge. En ce cas, en effet, la décision prise sur le recours administratif va

⁸⁵ CE Ass. 13 mai 1983, SA René Moline, p. 191. V. également CE Sect. 13 décembre 1985, Société international sales and import corp., p. 376. Il faut cependant réserver l'hypothèse de l'écran législatif “transparent” qui permet au juge administratif, non de vérifier la conformité de la loi au traité, mais celle de l'acte administratif au traité. Ce subterfuge ne remet pas en cause la jurisprudence étudiée puisque, précisément, il avait pour but d'éviter l'inopérance du moyen dans l'hypothèse où la loi ne pouvait être considérée réellement comme nécessaire à l'acte administratif.

⁸⁶ V. CE 17 février 1960, Susini, p. 113 ; CE 21 octobre 1966, Commissaire du gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Paris, p. 1082.

⁸⁷ CE 14 février 1964, Lusinchi, p. 979. V. également, CE Ass. 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, p. 452 ; *AJDA* 1961, p. 646, concl. Kahn ; *D* 1961, p. 663, concl., note Josse ; CE 2 décembre 1964, Syndicat national unifié des contributions directes, p. 608 ; CE 5 mai 1976, Cézary, p. 227 ; CE 25 mai 1979, Secrétaire d'État aux universités c/ Tolédano-Abitbol, p. 228 ; CE 24 mars 1982, Boyer, p. 129 ; CE 19 avril 1991, Faure, p. 144.

⁸⁸ V. CE 9 octobre 1964, Meunier, p. 454. V. également CE 16 octobre 1964, Ministre de l'Industrie c/ Rollet, p. 472.

se substituer à la première, même si elle lui est identique et rejette le recours. “Il résulte de là qu’elle est seule susceptible de recours. De plus, la décision initiale ayant disparu, les vices qui l’entachaient sont sans influence sur la légalité de la décision provoquée par le recours et, par suite, ils ne sont pas susceptibles d’être utilement invoqués à l’appui du recours dirigé contre elle”⁸⁹.

Ce phénomène contentieux est à l’origine du caractère inopérant reconnu à l’exception d’illégalité des décisions des commissions communales d’aménagement foncier, intervenues en matière de remembrement, à l’appui des recours dirigés contre les décisions prises ultérieurement par les commissions départementales. Si initialement le rejet du moyen s’est effectué en raison expresse de son irrecevabilité⁹⁰, la jurisprudence s’est rapidement orientée vers l’inopérance, sans, d’ailleurs, que le raisonnement ne soit modifié.

L’arrêt Ministre de l’Agriculture c/ Claye du 16 décembre 1970 l’illustre : “aux termes de l’article 4 de la loi du 9 mars 1941, la commission départementale a qualité pour modifier le remembrement ou pour en provoquer la modification ainsi que pour fixer l’ordre dans lequel les travaux de remembrement seront effectués ; de ces dispositions il résulte qu’en raison des pouvoirs conférés à la commission départementale, ses décisions se substituent à celles de la commission communale ou intercommunale critiquées devant elle ; par suite, les vices dont seraient entachées les délibérations ou les décisions de ces commissions communales ou intercommunales sont sans influence sur la légalité des décisions de la commission départementale”⁹¹. On ne saurait mieux rattacher l’inopérance

⁸⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 382-2°.

⁹⁰ V. CE 27 février 1956, Association des moyens et petits propriétaires du Chesne, p. 92.

⁹¹ CE 16 décembre 1970, Ministre de l’Agriculture c/ Claye, p. 768. V. également, utilisant des formules similaires, CE 22 avril 1959, Pinet, p. 254 ; CE Sect. 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, p. 623 ; *AJDA* 1966, p. 40, chr. Puissochet et Lecat ; *JCP* 1966, II, 14697, concl. Rigaud ; CE 11 octobre 1967, Ministre de l’Agriculture c/ Navel, p. 361 ; TA Besançon 11 juin 1975, Dame Salvatori, p. 727 ; CE 3 avril 1987, Reboussin, *DA* 1987, n° 270. Logiquement, lorsque les irrégularités de la décision de la commission communale résultent de la méconnaissance de textes que la commission départementale est elle-même tenue d’observer, sa décision doit être annulée.

de l'exception d'illégalité à la survenance d'une nouvelle décision effaçant la première et ses éventuelles illégalités.

La loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, en ouvrant implicitement un recours administratif obligatoire devant le ministre⁹² contre les décisions des commissions départementales d'urbanisme commercial, a conduit le juge administratif à la même solution : la décision du ministre se substituant à la décision de la commission départementale, les éventuelles irrégularités de celle-ci sont sans influence sur la légalité de la première⁹³.

Mais le phénomène de substitution d'une décision à une autre, rendant inopérante l'exception d'illégalité de cette dernière ne joue pas uniquement dans le cadre du recours administratif obligatoire. Il s'impose parfois au juge en vertu de législations particulières ou de considérations de logique.

Ainsi, le Conseil d'État a-t-il rejeté, comme moyen inopérant à l'appui du recours contre un permis de construire, "l'irrégularité de la procédure suivie lors de la modification du plan d'occupation des sols, dès lors que le plan révisé s'est substitué au plan modifié"⁹⁴.

Il semble que se rattache également à notre hypothèse, la jurisprudence par laquelle le juge exclut l'opérance de l'exception d'illégalité d'actes intervenus pour des périodes antérieures à celle visée par l'acte attaqué pour excès de pouvoir. L'illégalité en est déclarée sans influence sur la légalité de l'acte intervenant pour une période ultérieure, en raison du fait que ce dernier s'est substitué aux premiers qui n'ont alors plus d'effets.

⁹² Depuis la loi du 29 janvier 1993, les recours contre les décisions des commissions départementales d'équipement commercial sont portés devant la commission nationale d'équipement commercial.

⁹³ Sur ce point, v. CE 20 mars 1987, Société anonyme Soradis, p. 576.

⁹⁴ CE 13 novembre 1989, Collard, p. 870.

Cette solution a prévalu pour la reconduction, pour des périodes successives, de l'interdiction de mêmes produits⁹⁵ et pour la fixation annuelle du pourcentage autorisé d'augmentation de certains prix⁹⁶ ou émoluments⁹⁷.

Il ressort des différentes jurisprudences citées dans ces développements que l'exception d'illégalité est déclarée inopérante, non en raison de l'absence de lien de nécessité au sein d'une même continuité juridique, mais par l'interférence d'autres règles aboutissant elles aussi à considérer le moyen inopérant.

L'exception d'illégalité pour être opérante, doit présenter deux éléments. Elle doit viser un acte nécessaire à celui qui fait l'objet du recours principal et se situant dans sa continuité juridique. Qu'elle porte, de ce fait, le plus souvent sur un acte antérieur et supérieur à celui dont l'annulation est recherchée, constitue uniquement des caractères fréquents. Il ne saurait être question d'y voir des conditions supplémentaires.

Cependant, pour avoir réussi à isoler ce qui rend opérante l'exception d'illégalité, les développements précédents ont pêché par une sécheresse théorique incompatible avec une étude de contentieux administratif. Il convient d'y remédier maintenant par la matérialisation des rapports justifiant le caractère opérant de l'exception d'illégalité.

⁹⁵ V. CE 28 octobre 1991, Société J-M. Lorcy, *Contrat, Concurrence, Consommation*, 1992, n° 58 : “si les sociétés requérantes contestent la légalité d'un précédent arrêté du 10 août 1984 ayant prononcé l'interdiction des mêmes produits pour une période précédente, l'éventuelle illégalité de cet arrêté serait en tout état de cause sans influence sur la légalité de l'acte attaqué”.

⁹⁶ V. CE 8 mai 1981, Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif Central, p. 866 ; *CJEG* 1981, p. 143, concl. Costa.

⁹⁷ V. CE Sect. 21 janvier 1983, Syndicat national des médecins chirurgiens spécialistes et biologistes des hôpitaux publics, p. 18.

§ 2 - LA RÉALISATION DU CARACTÈRE OPÉRANT.

Il ne suffit pas d'affirmer que le caractère opérant de l'exception d'illégalité sera reconnu si et seulement si l'acte qui en fait l'objet est nécessaire à celui attaqué au principal et se situe dans la même continuité juridique. Une telle définition appelle une tentative de systématisation des hypothèses matérielles d'opérance de l'exception d'illégalité.

Or en raison de l'absence de toute réflexion théorique antérieure sur le caractère opérant de l'exception d'illégalité, souvent d'ailleurs confondu avec la recevabilité de ce moyen de droit⁹⁸, il est aujourd'hui admis que seule l'existence d'un lien d'application entre l'acte argué d'illégalité et celui attaqué au principal permet l'examen au fond de l'exception. Il n'y aurait donc d'exception opérante qu'à l'égard des actes dont la décision attaquée fait application.

Pour être juste, en ce que le lien d'application matérialise, effectivement, une hypothèse d'opérance de l'exception d'illégalité, cette opinion doit cependant être nuancée.

Hors le lien d'application, l'exception d'illégalité peut être opérante. Faute d'avoir identifié toutes les hypothèses dans lesquelles l'exception peut se nicher, doctrine et jurisprudence offrent une vue incomplète de l'état réel du droit.

Il n'est que de rappeler l'exception d'illégalité interne à un seul acte ou celle en oeuvre dans la technique du retrait. Dans ces deux cas, aucun lien d'application n'est identifiable ; pourtant, l'exception est reçue. Il paraît, dès lors, utile de proposer une seconde matérialisation du lien rendant opérante l'exception d'illégalité, qu'il serait possible de désigner, faute de mieux, comme étant le lien de consubstantialité.

Application, consubstantialité, telles sont les deux seules réalisations du caractère opérant de l'exception d'illégalité d'un acte administratif.

⁹⁸ V. infra, Section II, p. 332 et s.

A - la réalisation par lien d'application.

Affirmer que, lorsque l'acte attaqué applique celui dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception, existe un rapport de nécessité entre deux actes appartenant à une même continuité juridique, n'est pas suffisant.

Une démonstration s'impose ainsi qu'une illustration jurisprudentielle de la notion d'application.

1 - La notion d'application.

La notion d'application est toujours évoquée au sujet de l'exception d'illégalité. Il convient cependant d'en déterminer plus précisément la signification, notamment au regard des notions voisines.

a - Le lien d'application.

“Deux interprétations extrêmes de l'expression viennent spontanément à l'esprit : la plus restrictive ferait de la mesure d'application celle qui est nécessaire pour appliquer un texte, en quelque sorte l'intermédiaire obligé entre le texte initial et la réalité ; l'interprétation la plus large y verrait la mesure prise en application du texte initial dépendant donc de lui sans que ce dernier ne dépende nécessairement d'elle”⁹⁹.

Le langage juridique distingue trois types de rapports d'application. Ils ont été décrits par le professeur Vénézia dans une contribution aux Mélanges René Chapus¹⁰⁰. L'auteur propose de distinguer les mesures prises pour l'application d'un acte, de celles prises en son application et de celles prises par application de cet acte.

⁹⁹ P. Hubert, concl. sur CE Sect. 24 janvier 1992, Association des Centres distributeurs E. Leclerc, *RFDA* 1993, p. 499.

¹⁰⁰ J-C. Vénézia, *Les mesures d'application*, Mélanges R. Chapus, *Droit Administratif*, LGDJ, 1992, p. 673.

Au regard du problème de l'opérance de l'exception d'illégalité, un regroupement s'impose.

Selon M. Vénézia, la catégorie des mesures prises pour l'application d'un acte vise les "cas dans lesquels un texte de portée réglementaire, c'est-à-dire statuant par édicition de règles impersonnelles, vient préciser les détails ou les modalités d'application de règles édictées par une autorité supérieure"¹⁰¹. Le lien d'application se caractérise alors par le fait que l'acte second permet l'application du premier qui était inapplicable faute d'être complet.

Quant à elles, "les mesures prises en application d'une règle supérieure ou, si l'on préfère les mesures d'exécution de cette règle sont des mesures qui ont simplement pour objet la concrétisation de cette règle, son application à une situation particulière"¹⁰². Ce rapport seul permettrait, selon l'auteur, le jeu de l'annulation par voie de conséquence ou de l'exception d'illégalité.

La distinction ne semble pourtant pas si manifeste¹⁰³. En effet, dire qu'une mesure est prise pour l'application d'une autre, parce qu'elle intervient pour rendre possible son application, n'est-ce pas reconnaître qu'elle en constitue aussi une application ? Ses propres dispositions, prises pour l'application de la première, sont aussi prises en application de celle-ci.

Il convient certes de distinguer les deux catégories, mais en précisant que celle des "mesures prises pour l'application" est incluse dans celle des "mesures prises en application". Confirmation en est donnée par les conditions d'opérance de l'exception d'illégalité. Une mesure prise pour l'application d'un acte, tout comme celle prise en application d'un acte, nécessite bien le premier et s'intègre avec lui dans une continuité juridique.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ V. cependant la même opinion chez P. Hubert, concl. préc : "la mesure d'application n'est ni celle qui est nécessaire pour que l'acte initial produise ses effets (...) ni celle dont la légalité est simplement affectée par l'acte initial".

La mesure d'application, qu'il s'agisse de la mesure "prise pour l'application" ou de la mesure "prise en application" est bien "une mesure dont le texte initial organise le régime, une mesure commandée par l'acte initial"¹⁰⁴.

Les chroniqueurs de l'Actualité Juridique commentent pareillement la jurisprudence traditionnelle : "le juge exige en général, pour considérer qu'un acte est une mesure d'application d'un règlement, que le texte initial organise le régime sur la base duquel intervient l'acte contesté et que celui-ci soit commandé par l'acte initial. La mesure d'application doit ainsi être prévue ou organisée par le texte initial et être dans une situation de dépendance juridique vis-à-vis de ce texte"¹⁰⁵.

Tel n'est pas le cas de la troisième catégorie identifiée par le Professeur Vénézia. "A la différence des mesures prises "en application", les mesures prises "par application" ne sont pas des actes conséquences. Elles ne sont pas prises en application d'une règle supérieure. Simplement interviennent-elles dans son cadre"¹⁰⁶. L'exemple le plus évident serait le permis de construire au regard du plan d'occupation des sols. En effet, le droit de construire étant attaché au sol en dehors de l'existence d'un tel plan, ce dernier ne rend pas possible la délivrance de l'autorisation individuelle d'urbanisme mais, simplement, l'encadre. De ce fait, l'exception d'illégalité ne pourrait être opérante car le plan d'occupation des sols n'est pas toujours nécessaire au permis de construire, bien qu'ils s'intègrent dans une continuité juridique.

Pour reprendre la terminologie du Professeur Vénézia, et si l'on écarte la catégorie des mesures prises "par application", la notion d'application coïncide avec le lien théorique d'opérance de l'exception d'illégalité. Dès lors qu'un acte est pris en application d'un autre, quand bien même il le serait parce que pris pour son

¹⁰⁴ P. Hubert, concl. préc.

¹⁰⁵ C. Maugué et R. Schwartz, chr. sous CE Sect. 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs E. Leclerc, *AJDA* 1993, p. 336.

¹⁰⁶ J-C. Vénézia, art préc.

application, il existe bien entre eux un rapport de nécessité au sein d'une continuité juridique.

Ces précisions permettent de mieux comprendre la notion d'application. Elles ne dispensent pas, néanmoins, de la confronter à d'autres qui en sont voisines.

b - Les notions voisines.

La distinction de la notion d'application et des notions voisines ne saurait se faire clairement sans recourir à des exemples concrets. Aussi convient-il d'anticiper quelque peu sur l'étude de la jurisprudence illustrant la première¹⁰⁷.

Le lien d'application est, tant en doctrine qu'en jurisprudence, fréquemment assimilé à d'autres types de rapports entre des actes. Si, le plus souvent, il ne s'agit que de pures variations terminologiques, une catégorie mérite une attention particulière.

□ - Les notions identiques.

Le terme d'application est le plus couramment employé pour déterminer les rapports entre les actes en cause dans une exception d'illégalité. Cette constance n'a rien que de très naturel au regard des conditions d'opérance d'un tel moyen. Le lien d'application correspond, en effet, certainement au lien de nécessité au sein d'une continuité juridique tel que nous l'avons identifié. Mais la langue française, raffinée, offre maintes expressions signifiant qu'un acte, objet de la contestation principale, est pris en application ou pour l'application d'un autre.

Appliquer, n'est-ce pas, en particulier, exécuter ? La jurisprudence reconnaît ainsi le caractère opérant de l'exception d'illégalité d'un acte exécuté par celui dont

¹⁰⁷ V. infra, p. 289 et s.

l'annulation est poursuivie. Elle traduit par ailleurs l'identité conceptuelle en utilisant indifféremment, au sein de mêmes arrêts, les notions d'application et d'exécution : "la requête du sieur Weiss tend également à l'annulation d'une décision en date du 5 décembre 1933, par laquelle le ministre de l'Air a rejeté sa demande de pécule en exécution des prescriptions de l'article 9 du décret du 28 mai 1933 ; il n'est pas contesté que ladite requête a été formée à cet égard dans le délai légal et que le sieur Weiss est recevable à contester, à l'occasion de l'application qui lui en a été faite, la légalité de l'article 9 du décret du 28 mai 1933"¹⁰⁸.

L'acte pris en application d'un autre peut, également, être déclaré pris sur le fondement ou sur la base de celui-ci. Le Conseil d'État n'hésite donc pas à marier ces notions au sein de décisions.

Ainsi de l'arrêt Benasse où il est affirmé successivement que "la décision attaquée n'a pas été prise en application du décret du 1er juin 1956" et que de ce fait "le sieur Benasse n'est pas fondé à soutenir qu'elle devrait être annulée comme prise sur le fondement d'une disposition réglementaire illégale"¹⁰⁹. Ainsi de l'arrêt Société clermontoise des alcools dénaturés : "par décision du 1er avril 1938, le Conseil d'État a annulé, en tant qu'il fixait des prix de vente différentiels, l'arrêté du ministre des finances du 6 avril 1936 ; le Conseil d'État a ainsi reconnu illégale, en tant qu'elle servait de base à une différenciation des prix, la pratique du contingentement individuel ; dans ces conditions, la décision ayant assigné, par

¹⁰⁸ CE Ass. 12 juillet 1939, Weiss, p. 476. V. également, CE 9 juin 1876, Morel, p. 523 ; CE 25 octobre 1957, Arestein, p. 555 ; CE 15 avril 1959, Dame Frescaline, p. 900.

¹⁰⁹ CE Ass. 12 avril 1972, Benasse, p. 259, concl. Braibant. V. également, CE 1er juin 1932, Rosset, p. 530 ; CE 3 juillet 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur ; CE 4 octobre 1968, Ferrando, p. 474 ; CE 22 avril 1983, Sabin, p. 159 ; CE 21 novembre 1984, Beyssac, p. 714 ; CE 2 octobre 1992, Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles des Côtes du Nord, DA 1992, n° 473. V. par ailleurs, des arrêts où seule la notion de "fondement" motive le caractère opérant de l'exception d'illégalité, CE 10 mars 1905, Charvier, p. 240 ; CE 15 juillet 1932, Meurdra, p. 735 ; CE 19 janvier 1933, Boireau, p. 76 ; CE 14 mars 1934, Abbé Péan, p. 338 ; CE 7 mars 1975, Leguez, p. 181 ; CE 17 juin 1977, Marlot, p. 699 ; CE 10 février 1984, Association les amis de la Terre, p. 55 ; RJE 1984, p. 211, note Colson ; CJEG 1984, p. 308, concl. Jeanneney ; CE 16 octobre 1985, Ministre de l'agriculture c/ société de courses de Questembert-Malestroit, p. 491 ; CE 8 janvier 1992, Département de la Gironde, DA 1992, n° 67.

application de l'arrêté précité, un contingent à la société clermontoise manque de base légale et celle-ci est fondée à demander l'annulation de la décision qui a refusé de l'annuler"¹¹⁰.

Par ailleurs, le juge identifie à un rapport d'application le fait qu'un acte soit pris en vertu d'un autre. C'est ce qu'a reconnu le juge dans un arrêt du 3 février 1939, où, saisi d'une requête "dirigée contre une décision (...) du service de l'inspection du travail déclarant l'association soumise, en vertu des dispositions dudit décret du 20 mai 1935, aux prescriptions de la loi du 11 mars 1932 sur les allocations familiales", il a admis que "pour en obtenir l'annulation la requérante est recevable à discuter la légalité du décret du 20 mai 1935, dont il lui est fait application"¹¹¹.

L'assimilation entre la notion de référence et celle d'application ressort, quant à elle, d'une affirmation lapidaire du juge administratif : "ledit arrêté a été pris en application de deux arrêtés ministériels des 24 mai et 11 septembre 1943 auxquels il se réfère ; par voie de conséquence, cet arrêté est également entaché d'illégalité"¹¹².

Ce dernier arrêt montre, en outre, le lien qui existe entre le rapport d'application et l'idée de conséquence. Le rapprochement a fréquemment été opéré en jurisprudence¹¹³.

¹¹⁰ CE Sect. 30 juin 1939, Société clermontoise des alcools dénaturés, p. 439.

¹¹¹ CE 3 février 1939, Association dite "armée du salut", S 1939, p. 45. V. aussi, CE 28 décembre 1928, Société du journal France-Indochine, p. 1358. V. enfin des arrêts affirmant explicitement que l'acte attaqué a été pris en vertu de l'acte visé par l'exception d'illégalité, CE 22 avril 1904, Bernard de la Flégeollière, p. 320 ; CE 18 janvier 1929, Vermot, p. 90 ; CE 6 novembre 1936, Arrighi, p. 966 ; D 1938, 3, p. 1, note Einsenmann, concl. Latournerie ; S 1937, 3, p. 33, concl. Latournerie, note Mestre ; CE 17 juin 1938, Société grande brasserie la nouvelle Gallia, p. 541 ; CE 12 juillet 1938, Abbé Ratier, p. 663 ; CE 14 septembre 1945, SA "établissements B. Fassona et X. Bourrelly", p. 190 ; S 1946, 3, p. 7 ; CE 22 mai 1968, Lagrange, p. 815.

¹¹² CE 12 décembre 1945, Établissements Lepoutre, p. 254. V. également CE 9 juillet 1936, Abbé Barthélémy, p. 713.

¹¹³ V. notamment, CE 1er mai 1936, Heuet, p. 489 ; CE 13 mai 1945, Bourgain, p. 214 ; CE 13 juillet 1968, Moreau, p. 441 ; CE 24 mai 1981, Lequerre, p. 569 ; CE 26 juillet 1985, Société glace service, p. 523. V. également des arrêts affirmant explicitement que du seul fait du lien de conséquence entre les actes en cause l'exception d'illégalité est opérante, CE 23 avril 1902, Pinaud, p. 308 ; CE 17 février 1911, Pendaux, p. 196 ; CE 2 novembre 1923, Haton, p. 703 ; CE 26 février 1954, Zwillinger, p. 131 ; CE 2 octobre 1957, Ménard, p. 921 ; CE 7 octobre 1959, Fédération FO des polices de la Sûreté nationale, RDP 1960, p. 166 ; CE 8 mars

Mais celle-ci ne s'en est pas tenue là.

Les variations terminologiques autour de la notion d'application paraissent, en effet, sans limite. Certains arrêts admettent le caractère opérant de l'exception d'illégalité dès lors que la décision attaquée a été prise conformément à l'acte qui en fait l'objet¹¹⁴ ou qu'elle lui est subordonnée¹¹⁵ ou qu'elle en est le complément¹¹⁶.

D'autres constatent que la décision dont ils sont saisis est intervenue "à la faveur"¹¹⁷ d'une autre ou d'après elle¹¹⁸, voire en sa considération¹¹⁹ et reconnaissent de ce fait l'utilité de l'exception d'illégalité.

Ces incertitudes terminologiques ne sont pas propres au contentieux administratif. Le juge judiciaire lui-même estime opérante l'exception d'illégalité dès lors que l'acte qui en fait l'objet est nécessaire à la solution du litige¹²⁰ ou a une influence, voire une simple incidence¹²¹ sur cette solution. Il mentionne parfois également le lien de subordination unissant les actes en cause¹²² ou le fait que le

1968, Plenel, p. 168 ; CE 9 novembre 1973, Flori, p. 1024 ; CE 22 mai 1991, Castaing David, *GP* 1991, J, p. 503.

¹¹⁴ V. CE 4 juillet 1962, Élections d'Haget-Aubin, p. 537 ; CE 19 février 1868, Compagnie du chemin de fer d'Orléans, p. 173 ; CE 28 mai 1910, Société "l'équitable des États-Unis", p. 423 ; CE 16 février 1912, Darrodes, p. 213 ; CE 28 juin 1918, Heyriès, p. 651 ; CE 16 janvier 1920, Fabre, p. 38 ; CE 27 avril 1984, Société hypermarché Continent, p. 159 ; CAA Paris 12 décembre 1989, L'indicateur Lagrange, *RJF* 1990, n° 72.

¹¹⁵ V. CE 14 décembre 1949, Demangeot, p. 550 ; CE 8 mars 1951, Bataille-Rossart, p. 176 ; CE Sect. 15 juillet 1959, Fédération française de tir, p. 441 ; CE 26 novembre 1969, Société française d'aviation nouvelle, p. 541 ; CE 18 décembre 1970, affaire Beaune, p. 776 ; CE 18 janvier 1974, Union des minotiers de la champagne, p. 39 ; *RTDE* 1975, p. 86, concl. Théry ; CE 22 mars 1974, Lo Monaco, p. 206 ; CE 14 décembre 1981, Association des amis des sites du Vexin français, *CJEG* 1982, p. 72 ; CE 23 décembre 1981, Syndicat de la presse parisienne, p. 663 ; CE 21 novembre 1984, Beyssac, p. 714.

¹¹⁶ V. CE 23 février 1923, Ville de Castelnau-dary, p. 177.

¹¹⁷ V. CE 29 avril 1910, Dazy, p. 346.

¹¹⁸ V. CE 27 juillet 1890, Auscher, p. 718 ; CE 24 février 1905, Demoiselle Vernay, p. 188 ; CE 17 mai 1907, Élections de Trévien, p. 492 ; CE 9 mai 1908, Élections de Trévien, p. 245.

¹¹⁹ V. CE 17 juin 1927, Bouvet, p. 676.

¹²⁰ V. Civ 1ère 23 janvier 1967, *Bull civ*, I, n° 31 ; Civ 8 juillet 1973, *GP* 1973, p. 227.

¹²¹ V. 12 décembre 1962, *D* 1963, p. 93, note R.L. ; Civ 20 mai 1969, *JCP* 1969, II, 15982.

¹²² V. CA Paris 7 juillet 1960, *JCP* 1961, II, 12297 : "il suit de là que l'annulation de l'homologation entraîne celle de la mesure qu'elle avait autorisée et que la censure frappant l'acte de l'autorité supérieure étend ses effets à ceux des actes de l'administration subordonnée, qui sont la conséquence ou l'émanation de l'acte annulé".

litige se soit produit en vertu d'un acte administratif¹²³. Pour sa part, le juge pénal retient sa compétence, et admet donc implicitement le caractère opérant de l'exception d'illégalité, pour apprécier la légalité des actes administratifs qui servent de base à la poursuite¹²⁴. Ayant à déterminer le juge compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité d'un acte administratif, le Tribunal des conflits¹²⁵ s'intéresse, quant à lui, à l'influence de ce moyen et à la nécessité d'y répondre au regard de la solution du litige.

Ce ne sont donc pas les seuls arrêts relevant expressément l'existence d'un lien d'application entre l'acte visé par l'exception d'illégalité et celui dont l'annulation est recherchée qu'il convient de retenir afin de présenter la notion d'application. Celle-ci, en effet, est sous-jacente dans nombre d'hypothèses où l'exception d'illégalité est déclarée inopérante. Il conviendra, afin d'illustrer la notion, de toutes les considérer.

Une dernière notion doit retenir particulièrement l'attention car, souvent identifiée à celle d'application, elle s'en distingue cependant à certains égards. Il s'agit de l'annulation par voie de conséquence.

□ - La notion distincte.

La nécessité de tirer les conséquences logiques de l'annulation d'un acte administratif à l'égard des actes qui en ont découlé s'est très rapidement imposée au juge. Dès les premières années du XIX^{ème} siècle, le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence était, sinon connu, du moins mis en

¹²³ V. Civ 2^{ème}, 15 novembre 1961, *Bull Civ*, II, n° 758.

¹²⁴ V. notamment, Crim 12 octobre 1972, *Bull Crim*, n° 287 ; Crim 21 octobre 1985, *Bull Crim*, n° 321 ; Crim 5 décembre 1989, *Bull Crim*, n° 375.

¹²⁵ V. TC 6 juillet 1957, *Préfet de la Seine c/ Saïac*, *D* 1958, J, p. 310, note Quermonne.

oeuvre¹²⁶. Il fut par la suite très régulièrement utilisé, constituant un moyen rapide et efficace d'annulation des actes administratifs¹²⁷.

La doctrine l'a rapidement rapproché de l'exception d'illégalité et, de ce fait, a considéré qu'il ne jouait, comme elle, qu'en cas de lien d'application entre les actes considérés. "On ne peut pas déclarer régulière l'exécution d'une mesure déclarée illégale et annulée"¹²⁸. "Le deuxième acte suppose, comme condition essentielle de sa régularité même, la régularité du premier acte : dans ce cas l'annulation du premier acte entraîne, par voie de conséquence, l'irrégularité du deuxième : il est démontré qu'une condition essentielle fait défaut"¹²⁹.

Il n'y aurait donc guère de différence entre l'exception d'illégalité et l'annulation par voie de conséquence. "En effet, la logique qui conduit, dans un cas comme dans l'autre, à faire dépendre de la légalité d'un règlement celles des mesures "prises pour l'application" de celui-ci est la même"¹³⁰. La nuance résiderait dans leurs conséquences respectives : "si l'acte réglementaire a été annulé ou retiré, on peut invoquer cette disparition pour obtenir l'annulation des

¹²⁶ V. CE 26 août 1818, Administrateurs des messageries de l'éclair, p. 411 : "notre ordonnance du 8 janvier 1817 s'est bornée à déclarer que les requérants n'étaient pas recevables à attaquer par la voie du contentieux, le règlement de police administrative fait par le préfet du département du Nord, le 6 décembre 1806 ; mais les requérants ont postérieurement justifié que, par un décret du 14 janvier 1814, le susdit arrêté du préfet a été annulé ; il en résulte que les condamnations fondées sur cet arrêté sont nulles et sans effet".

¹²⁷ V. notamment, et pour le seul contentieux électoral, l'annulation par voie de conséquence des opérations du deuxième tour à la suite de l'annulation de celles du premier tour, CE 25 avril 1866, Élections de Montbel, p. 412 ; CE 18 juillet 1866, Élections de Venès, p. 849 ; CE 24 juin 1881, Élections d'Arsonval, p. 638 ; CE 1er juillet 1881, Élections de Lumes, p. 662 ; CE 28 février 1890, Élections d'Hères, p. 231 ; CE 5 août 1893, Élections de Bram, p. 669 ; CE 5 janvier 1894, Élections D'Antrain, p. 9 ; CE 22 janvier 1897, Élections de Causson, p. 36 ; CE 4 février 1899, Élections de Mercoeur, p. 103 ; CE 17 février 1899, Élections municipales de Flavigny le Grand, p. 140 ; CE 29 décembre 1900, Élections de Margnès, p. 874 ; CE 14 janvier 1901, Élections de Biesles, p. 35 ; CE 25 novembre 1903, Élections de Lilhac, p. 721 ; CE 21 juillet 1911, Élections d'Alais, p. 868 ; CE 24 juillet 1911, Élections de Pradelles, p. 876 ; CE 25 novembre 1912, Élections de Grainville la Teinturière, p. 1094 ; CE 10 janvier 1913, Élections de Sancerre, p. 32 ; CE 28 février 1913, Élections de Lalande de Fronsac, p. 296 ; CE 25 février 1970, Élections des délégués du collège des professeurs de l'IEDES, p. 1058. V. également lorsqu'est annulée l'élection d'un maire comme conséquence de l'annulation de son élection comme conseiller municipal, CE 17 juin 1893, Élections de Tain, p. 502 ; CE 27 mai 1898, Élections de Malincourt, p. 426 ; CE 15 mars 1905, Élections d'Illiers, p. 261 ; CE 28 avril 1909, Élections de Labastide-Savès, p. 429 ; CE 28 février 1913, Élections d'Arras, p. 296 ; CE 6 mai 1921, Élections de Muro, p. 449.

¹²⁸ G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, RDP 1913, p. 294.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ M. Dandelot, concl. sur CE 7 février 1986, Colombet, RDP 1986, p. 1161.

actes individuels pris en application d'un tel acte : dans une telle éventualité on parle de disparition de l'acte réglementaire et non d'exception d'illégalité"¹³¹.

L'exception d'illégalité comme l'annulation par voie de conséquence ne jouerait donc que lorsque l'acte initialement annulé a été appliqué par celui attaqué par le second recours. "Supposons que les deux actes ne soient pas liés l'un à l'autre : dans ce cas, (...) la logique n'implique pas l'annulation du deuxième acte"¹³².

Cette dernière affirmation est rigoureusement exacte. Mais le lien entre les actes ne se réduit pas à un lien d'application.

Certes, l'annulation, pour se produire comme la conséquence d'une précédente, exige nécessairement un lien logique entre les actes en cause. Certes, l'application, parfois décrite comme un lien de conséquence, déclenche, le cas échéant, l'annulation par voie de conséquence. "Une décision réglementaire ou non réglementaire prise en application d'une disposition réglementaire illégale est elle-même et pour ce seul motif illégale"¹³³. La jurisprudence est particulièrement fournie qui fait découler l'annulation par voie de conséquence du fait que l'acte, dont le juge est saisi, est une mesure d'application d'un autre, précédemment annulé¹³⁴.

En effet, ce qu'une déclaration d'illégalité, au terme de l'exception, peut entraîner, *a fortiori*, une annulation résultant d'un recours direct contre le même acte, doit pouvoir le provoquer aussi. Car la déclaration d'illégalité, nous le

¹³¹ J-M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, 1966, p. 93.

¹³² G. Jèze, art. préc.

¹³³ R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, Les Cours de droit, 1980, p. 1667.

¹³⁴ V. notamment, CE 5 mars 1920, Baccelli, p. 258 ; CE 20 juillet 1926, Bremond, p. 810 ; CE 1er mai 1936, Heuet, p. 489 ; CE 13 mai 1949, Bourgain, p. 214 ; CE 28 octobre 1949, Houen, p. 440 ; CE 6 mai 1960, Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires, p. 296 ; CE 13 juillet 1968, Moreau, p. 441 ; CE 12 avril 1972, Benasse, p. 259, concl. Braibant ; CE 22 décembre 1978, SA Publimontre, p. 529 ; CE 29 mai 1981, Lequerre, p. 569 ; CE 26 juillet 1985, Société glace service, p. 523 ; CE 2 décembre 1991, Souille, *DA* 1992, n° 58.

verrons, ne conduit pas à une annulation de l'acte qui en fait l'objet, au contraire de l'exercice d'un recours direct pour excès de pouvoir¹³⁵.

Cependant, alors que l'exception d'illégalité n'est opérante que si l'acte visé est nécessaire à celui attaqué au fond et s'ils s'insèrent dans une continuité juridique, l'annulation par voie de conséquence joue, dès lors que l'acte initialement annulé est nécessaire au second. Point n'est besoin, en ce cas, d'une continuité juridique entre eux.

L'affirmation est corroborée par la jurisprudence relative aux contestations d'actes relevant de législations distinctes mais qui sont liés par le fait que l'un ne peut exister sans l'autre¹³⁶. Il y a entre eux un rapport de nécessité mais pas de continuité juridique. Si donc le Conseil d'État se refuse à admettre l'utilité de l'exception d'illégalité du premier au soutien du recours pour excès de pouvoir dirigé contre le second, il admet toutefois, et fort logiquement, que l'annulation du premier conduise, par voie de conséquence, à celle du second. Une parfaite illustration en est trouvée dans le contentieux de l'urbanisme commercial.

Par l'arrêt *Société Angelica Optique Centraix*¹³⁷, le Conseil d'État, se fondant sur l'indépendance des législations dont relèvent l'autorisation d'ouvrir un centre commercial et le permis de le construire, et malgré l'obligation légale d'être titulaire d'une telle autorisation pour obtenir le permis, a dénié un caractère opérant à l'exception d'illégalité de la première à l'appui du recours contre le permis.

Cela ne l'a pourtant pas empêché d'annuler, dans une autre affaire, le permis de construire un centre commercial par voie de conséquence de l'annulation antérieure de l'autorisation d'ouvrir celui-ci. En effet, l'article R 421-4 du code de l'urbanisme impose que le dossier de demande de permis de

¹³⁵ V. infra, Troisième Partie, Chapitre I, p. 574 et s.

¹³⁶ V. à cet égard, supra, p. 250 et s.

¹³⁷ V. CE Sect. 17 décembre 1982, *Société Angelica optique Centraix*, p. 418, concl. Genevois.

construire comprenne une lettre du représentant de l'État attestant que le dossier d'autorisation d'ouverture du centre commercial est complet. "En ce sens, l'octroi du permis de construire est conditionné par l'autorisation d'ouvrir ou d'étendre une grande surface"¹³⁸. La conclusion s'impose d'évidence : l'annulation de l'autorisation conduit, par voie de conséquence, à celle du permis¹³⁹.

Le même raisonnement semble pouvoir éclairer un arrêt de 1991, Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes¹⁴⁰, par lequel le Conseil d'État a rejeté comme irrecevable en raison du caractère définitif de l'acte, l'exception d'illégalité d'une mutation invoquée à l'appui du recours dirigé contre une nomination au poste devenu vacant à la suite de cette mutation. Contrairement à une jurisprudence classique, le juge a considéré que la mutation était définitive parce que le recours pour excès de pouvoir dont elle avait fait l'objet avait été rejeté le même jour.

Jusqu'à cet arrêt, le caractère définitif de l'acte visé par l'exception s'appréciait au moment du dépôt du recours. Était dès lors indifférent le caractère ultérieurement définitif de cet acte, fût-ce par le rejet du recours dont il pouvait faire l'objet et qui motivait précisément la recevabilité de l'exception. Or le juge, à la suite de son commissaire du gouvernement, semble avoir mal motivé le rejet de l'exception. Si les développements suivants s'avéraient exacts, ils permettraient de tenir pour un cas isolé et non pour un revirement de jurisprudence, la solution de l'arrêt.

L'arrêt traduit un raisonnement finaliste du juge administratif. Pressentant que l'exception d'illégalité d'une mutation ne devait pas être admise au soutien de la contestation de la nomination effectuée au poste devenu vacant, le commissaire

¹³⁸ F. Moderne, note sous CE 20 mars 1987, SA Soradis, *LPA* 8 février 1988, p. 7. V. à cet égard, CE 23 mai 1980, Calvy, p. 235 ; *JCP* 1980, II, 19418, obs. Ricard, où le refus d'autorisation a pour conséquence le refus de délivrer un permis de construire.

¹³⁹ V. CE 10 juin 1983, Delahaye et Groult, p. 237 ; CE 8 novembre 1988, SCI du Moulin, p. 814.

¹⁴⁰ V. CE Sect. 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes, *RFDA* 1993, p. 250, concl. Toutée.

du gouvernement a proposé de la rejeter pour irrecevabilité, en écartant le principe classique déterminant le moment d'appréciation de la recevabilité des moyens de droit¹⁴¹.

Il aurait, cependant, été préférable de prononcer le rejet pour défaut d'opérance d'une telle exception d'illégalité. La mutation, parce qu'elle libère un poste et permet, de ce fait, qu'il y soit pourvu par une nomination, est bien nécessaire à cette dernière. Elle ne constitue pourtant pas avec elle une continuité juridique. Il n'est pas possible de considérer que la nomination est un acte d'application de la mutation¹⁴².

Force d'ailleurs est de constater que la déclaration d'illégalité d'une mutation ne fait pas disparaître celle-ci, n'a donc pas pour conséquence de mettre un terme à la vacance du poste et ne saurait, par elle-même, motiver l'annulation de la nomination, celle-ci portant sur un poste effectivement vacant.

Que conclure de ceci ? Que si l'exception d'illégalité était inopérante, c'est en raison de la seule existence d'un lien de nécessité entre la mutation et la nomination et de l'absence d'une continuité juridique entre ces actes. De ce fait, seule l'annulation de la mutation aurait été susceptible d'influer sur la légalité de la nomination : faisant disparaître la vacance du poste, elle aurait rendu automatiquement irrégulière la nomination.

Une nouvelle fois, l'annulation par voie de conséquence pouvait jouer entre deux actes, alors que l'exception d'illégalité était inopérante. C'est une preuve supplémentaire de ce que, si tout lien d'application suffit à déclencher une annulation par voie de conséquence, cette dernière ne joue pas dans cette unique hypothèse. Elle est plus large et intervient dès lors qu'existe un lien de nécessité entre les actes contestés alors même qu'ils ne sont pas unis par une continuité

¹⁴¹ Il est, en effet, de jurisprudence constante que la recevabilité d'un moyen s'apprécie au jour du dépôt du recours et non au jour du jugement. Pour une critique approfondie de cet aspect de la solution, v. infra, Chapitre II, p. 450.

¹⁴² Ni même un acte consubstantiel à celle-ci au sens que nous donnerons à ce second lien rendant opérante l'exception d'illégalité, v. infra, p. 312 et s.

juridique. C'est pour ne pas avoir tenu compte de cette différence que l'arrêt syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes ne convainc pas.

Les rapports de la notion d'application avec les notions qui lui sont traditionnellement associées sont désormais éclaircis. Elle s'identifie avec les notions de "conséquence", de "base", de "conformité", "d'exécution" ou de "fondement" qui ne sont que de simples variations terminologiques autour du même concept. Elle se distingue au contraire de l'annulation par voie de conséquence en ce qu'elle permet de déclencher cette dernière, sans pour autant épuiser les hypothèses de sa mise en oeuvre.

Ces précisions étaient indispensables préalablement à une tentative d'illustration jurisprudentielle de la notion d'application.

"La notion de mesure d'application n'est pas toujours facile à cerner (...) et la jurisprudence se montre parfois fluctuante"¹⁴³. Elle se révèle ambiguë dès lors qu'il s'agit de la confronter à des hypothèses concrètes. De ce fait, différentes illustrations jurisprudentielles, dans lesquelles le lien d'application, et donc le caractère opérant de l'exception d'illégalité, a été admis ou refusé, permettront de parfaire son étude.

2 - Illustration du lien d'application.

Dresser une liste exhaustive, des cas dans lesquels le juge administratif a admis l'utilité d'une exception d'illégalité serait inopportun. Il est préférable de procéder plutôt, à la manière impressionniste, par simples touches, éparses mais significatives.

¹⁴³ E. Honorat et R. Schwartz, chr. sous CE Sect. 8 juin 1990, Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais, *AJDA* 1990, p. 701.

Il en ressort que c'est la notion d'application qui, depuis l'origine et jusqu'à présent, est reconnue tant en doctrine qu'en jurisprudence comme le critère de l'opérance de l'exception d'illégalité.

a - L'apparition du lien d'application.

L'exception d'illégalité est apparue initialement en jurisprudence. Répondant à des exigences de stricte logique, elle ne fut longtemps utilisée qu'irrégulièrement et implicitement, au hasard de la formulation des requêtes. Pour cette raison, son existence ne fut aperçue, tant en jurisprudence qu'en doctrine, qu'au début du XXème siècle.

Fait remarquable toutefois, elle fut associée, dès l'origine, à l'existence d'un lien d'application.

De ce que, épisodiquement et surtout inconsciemment, la jurisprudence administrative a, dès le XIXème siècle, accepté d'apprécier, à l'occasion du recours contre un acte, la légalité d'un autre, il faut se garder de conclure à l'admission sans nuance du principe même de l'exception.

En effet, "se fondant sur le principe inverse qu'une décision non attaquée dans le délai doit être considérée comme lavée de toute irrégularité, la jurisprudence a, jusqu'au début du XXème siècle, rejeté les pourvois contre les décisions d'application, qui étaient considérées comme purement confirmatives de la mesure générale en vertu de laquelle elles étaient prises"¹⁴⁴.

¹⁴⁴ C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937. V. à cet égard, CE 23 août 1820, Nieto, p. 738 ; CE 10 août 1825, Giraud, p. 444 ; CE 10 février 1830, Thibault, p. 75 ; CE 22 novembre 1833, Marit, p. 645 ; CE 24 janvier 1834, Frantz, p. 71 ; CE 30 mai 1834, Willm, p. 350 ; CE 14 novembre 1834, Roust, p. 734 ; CE 21 novembre 1834, François, p. 754 ; CE 19 décembre 1834, Veuve Genty, p. 852 ; CE 2 janvier 1835, Duvigneau, p. 15 ; CE 18 avril 1835, Guillot, p. 300 ; CE 5 juin 1838, Gerbet, p. 304 ; CE 18 novembre 1838, Séguin frères, p. 616 ; CE 21 mars 1844, Dame Cacatte, p. 163 ; CE 12 mai 1846, Ville de Laval, p. 277 ; CE 12 décembre 1873, Commune de Port Sainte Marie, p. 932 ; CE 9 mars 1883, Commune de Lempdes, p. 244 ; CE 27 juillet 1883, Ville de Saint Étienne, p. 684 ; CE 7 juin 1889, Commune de Macqueville, p. 711 ; CE 29 novembre 1889, Département de Constantine, p. 1089 ; CE 9 mars 1894, Commune de Fort National, p. 184 ; CE 30 novembre 1894, Commune de Salviac, p. 633 ; CE 1er février 1895, Ville de Nantes, p. 106, RGA 1895, p. 38 ; CE 6 mars 1896, Commune de Villeréal, p. 219 ; CE 11

Pour preuve, dans un arrêt de 1835 le Conseil d'État affirma que "les observations par lesquelles le sieur Bron argue de nullité les opérations électorales de la commune de Corbie, ne portant que sur l'irrégularité des actes administratifs qui les ont précédées, c'est avec raison que le conseil de préfecture a déclaré par l'arrêté attaqué, qu'il n'y avait lieu de délibérer sur cette demande"¹⁴⁵. C'est donc sous cette réserve qu'il est possible d'affirmer que, si l'exception d'illégalité fut admise en jurisprudence, ce fut toujours en raison de l'existence d'un lien d'application entre les actes en cause.

Ainsi, dès 1841, bien que le Conseil d'État ait, en l'espèce, refusé de statuer sur l'exception d'illégalité invoquée devant lui¹⁴⁶, le commentateur du Recueil justifie-t-il l'apparition du problème par le fait que l'acte attaqué a "fait une application directe et spéciale" des ordonnances visées par l'exception. De la même manière, en note sous l'arrêt Salle du 6 janvier 1888¹⁴⁷, qui admet implicitement l'exception d'illégalité d'un décret, est-il affirmé que "celui auquel on faisait l'application de ce décret nul avait le droit de contester qu'il fut légal quelle que soit même l'époque déjà ancienne de sa publication au bulletin des lois ; c'est

février 1898, Valat, p. 105 ; CE 18 novembre 1925, Société boulonnaise de travaux et de constructions, p. 915 ; CE 31 juillet 1926, Emorini, p. 841 ; CE 23 mars 1927, Perrot, p. 382 ; CE 1er décembre 1928, Querruau, p. 1252.

Ce n'est que dans les années 1930 que la jurisprudence a amorcé un revirement, v. CE 27 juillet 1932, Labussière, p. 792, admettant le recours contre l'acte subséquent qui "ne saurait être regardé comme une simple mesure d'exécution" de décrets antérieurs définitifs ; CE 13 mai 1931, Rigault et Allard, p. 528, où le Conseil d'État distingue les mesures d'application des simples mesures d'exécution. Aujourd'hui, le juge admet le recours contre l'acte second et interprète le moyen d'illégalité comme constituant une exception d'illégalité de l'acte initial, v. CE 14 février 1964, Lusinchi, p. 979 ; CE 17 décembre 1975, Millet, *RDP* 1976, p. 1085. Il est cependant possible de placer la jurisprudence concernant l'irrecevabilité des recours contre des décisions confirmatives dans la descendance de la solution relative aux "simples mesures d'exécution", v. notamment, CE 16 juin 1926, Billes, p. 611 ; CE 22 janvier 1930, Société des automobiles Talbot, p. 86 ; CE 9 janvier 1931, Gabbardo, p. 24 ; CE 17 décembre 1931, Société moderne d'entreprise, p. 1124 ; CE 6 janvier 1932, Ville de Meaux, p. 10 ; CE 18 mai 1945, Société auxiliaire de gestion et d'avances, p. 101 ; CE 14 octobre 1955, Union de la propriété bâtie de France, p. 481 ; CE Plen. 25 octobre 1957, Duval, p. 556.

¹⁴⁵ V. CE 22 juillet 1835, Élections de Corbie, p. 481.

¹⁴⁶ V. CE 15 juin 1841, Ville d'Orléans, p. 226.

¹⁴⁷ V. CE 6 janvier 1888, Salle, p. 1.

l'application de principes certains qui sont admis depuis longtemps en jurisprudence devant le Conseil d'État comme devant la Cour de Cassation"¹⁴⁸.

Il s'agit là, malgré la certitude affichée par le commentateur, d'exemples épars¹⁴⁹ mais la confirmation de l'association originelle de l'exception d'illégalité à la notion d'application nous est fournie par le premier arrêt de principe admettant le mécanisme, l'arrêt Poulin.

“Si le sieur Poulin aurait pu, dans les trois mois de cette publication, conformément à l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 alors en vigueur, déférer cet arrêté au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir, il n'est plus recevable à demander aujourd'hui l'annulation de ce règlement, dont il lui appartient seulement de contester la légalité à l'occasion des actes administratifs qui pourraient intervenir pour lui en faire application personnelle”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Note sous CE 6 janvier 1888, Salle, préc.

¹⁴⁹ V. par ailleurs, CE 9 juin 1876, Morel, p. 523 ; CE 8 avril 1881, de Piolenc, p. 404, concl. Gomel ; CE 22 mars 1907, Dame Flavie-Delpech, p. 279 ; S 1909, 3, p. 92 ; CE 22 mars 1907, Delmet, *D* 1909, 3, p. 101.

¹⁵⁰ CE 29 mai 1908, Poulin, p. 581.

La liaison ainsi établie fut constamment rappelée par la suite¹⁵¹ avant d'être définitivement et précisément décrite par l'arrêt Société anonyme des établissements Petitjean¹⁵². "Si les requérants peuvent invoquer à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative l'illégalité dont serait entaché un règlement devenu définitif faute d'avoir été attaqué dans le délai du

¹⁵¹ V. également dans le même sens, CE 2 avril 1909, Moreau et Perot, p. 376 ; CE 6 août 1910, Compagnie des tramways de Paris, p. 710 ; CE 31 janvier 1913, Pellé, p. 133 ; CE 4 juillet 1913, Demoiselle Fatou, p. 797 ; CE 26 avril 1918, Sellier, p. 385 ; CE 10 août 1918, Société cinéma national, p. 853 ; CE 25 octobre 1918, Villerelle, p. 938 ; CE 3 février 1922, Ville de Tulle, p. 96 ; CE 21 juillet 1922, Ville de Pau, p. 638 ; CE 23 février 1923, Ville de Castelnau-dary, p. 177 ; CE 16 mars 1923, Société d'épargne des retraites, p. 256 ; CE 9 janvier 1925, Frossard, p. 29 ; CE 6 janvier 1926, Cayrol, p. 6 ; CE 26 mars 1926, Dorlencourt, p. 365 ; CE 3 juin 1927, Bellemond, p. 637 ; CE 16 mars 1928, Trinquet, p. 383 ; CE 1er mai 1929, Abbé Moirat, p. 438 ; CE 2 juillet 1929, Hébert, p. 673 ; CE Sect. 28 mars 1930, Darmitte, p. 371 ; CE 16 juillet 1930, Suque, p. 740 ; CE 28 avril 1932, Hubert, p. 421 ; CE 1er juin 1932, Rosset, p. 530 ; CE 14 février 1934, Véran, p. 21 ; CE 3 février 1939, Association dite Armée du salut, p. 58 ; S 1939, 3, p. 45 ; CE 9 avril 1939, Vermeersch, p. 555 ; CE Sect. 5 mai 1939, Botton, p. 285 ; CE Ass. 22 juillet 1939, Weiss, p. 476 ; CE Sect. 9 novembre 1945, Gillot, p. 223 ; CE 30 mai 1947, Astié, p. 639 ; CE 8 avril 1961, Aulagnier, p. 215. V. aussi pour des solutions analogues, CE 14 février 1913, Ducreux, p. 201 ; CE 31 mars 1922, Montagné, p. 313 ; CE 23 mars 1923, Sauvaire-Jourdan, p. 303 ; CE 9 juillet 1926, Abbé Barthélémy, p. 713 ; CE Sect. 28 décembre 1928, Société du journal France-Indochine, p. 1358 ; CE Sect. 26 octobre 1934, Dubuisson, p. 960 ; CE 3 mars 1942, Sandoz, p. 74 ; CE Ass. 24 juillet 1942, Société française pour le commerce extérieur, p. 229 ; CE Sect. 1er avril 1955, Harrach, p. 193 ; CE 14 juin 1961, Ministre de l'éducation nationale, p. 984 ; CE Sect. 21 mai 1965, Ministre de l'éducation nationale c/ Amouroux, p. 292 ; CE 23 juin 1965, SARL Besse, p. 382 ; CE 13 juillet 1968, Claeysens, p. 443 ; CE 2 octobre 1970, Baruteau, p. 545 ; CE Sect. 30 avril 1976, Lacorne, p. 224 ; CE 14 mai 1980, Ministre de l'intérieur c/ Savarn, p. 781 ; CE 22 avril 1983, Sabin, p. 159 ; CE 1er février 1985, Ministre des affaires sociales c/ SARL Les fourrures de la Madeleine, p. 790.

V. par ailleurs, pour le cas où le juge administratif constate que les requérants n'ont pas invoqué l'exception d'illégalité de l'acte appliqué par la décision attaquée, CE 7 février 1890, Dame veuve Berdoulat, p. 122 ; CE 14 janvier 1916, Dame Cohen, p. 18 ; CE 11 janvier 1918, Debbuische, p. 20 ; CE 25 janvier 1918, Salle, p. 61 ; CE 14 juin 1918, Cigrand, p. 584 ; CE 13 décembre 1918, Journal de Chartres, p. 1140 ; CE 24 octobre 1919, Pouade, p. 764 ; CE 15 avril 1959, Dame Frescaline, p. 900 ; et pour le cas où le juge rappelle incidemment au requérant la faculté qui lui est ouverte de soulever ultérieurement l'exception d'illégalité de l'acte à l'occasion d'une application, CE 28 juin 1912, Hernu, p. 760 ; CE 16 mai 1930, Guibert, p. 522 ; CE Sect. 27 février 1931, Besse, p. 233 ; CE 13 mai 1931, Rigault et Allart, p. 528 ; CE 15 décembre 1953, Biennais, p. 1075 ; pour le cas où l'acte attaqué est un refus, légal naturellement, d'appliquer au requérant une disposition illégale, CE 22 novembre 1918, Pietri, p. 1012 ; CE 23 janvier 1920, Poncet, p. 62 ; CE 4 février 1921, Demont, p. 125 ; CE Sect. 22 mars 1939, Parissé, p. 369 ; CE 1er juillet 1952, Société X, p. 342 ; CE 26 mars 1965, Dame veuve Moulinet, p. 209 ; CE 14 mai 1965, Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, p. 279 ; CE 9 mars 1966, Meyer, p. 200 ; CE Sect. 7 mars 1969, Association touristique des cheminots, p. 141 ; CE 20 juin 1973, Chevrel, p. 420 ; CE Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274 ; D 1975, p. 393, note Tedeschi ; AJDA 1974, p. 298, chr. Franc et Boyon ; RDP 1974, p. 467, note M. Waline ; RA 1974, p. 440, note Moderne ; TA Paris 18 décembre 1975, Société Géo, p. 784 ; CE 23 janvier 1981, Causer, p. 555 ; CE 9 juin 1982, Association de sauvegarde des espaces verts des Monts d'Or, p. 216 ; CE 25 janvier 1985, Ministre de la défense c/ Dufrenne, p. 452 ; CE 19 octobre 1988, Fédération nationale SOS environnement, p. 343 ; GP 1989, I, Som, p. 247.

¹⁵² V. CE 10 février 1967, Société anonyme des établissements Petitjean, RTDE 1967, p. 681, concl. Questiaux ; AJDA 1967, p. 267, chr. Lecat et Massot. V. également, CE 21 novembre 1984, Beyssac, p. 714 ; CE 26 avril 1989, Lacombe, DA 1989, n° 338 ; TA Rennes 3 mai 1989, Coopérative agricole de Rennes, p. 389.

recours pour excès de pouvoir, un tel moyen ne peut être accueilli que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte”.

Le caractère opérant de l'exception d'illégalité paraît donc soumis à deux conditions. “Il résulte de la première exigence, strictement entendue, que l'exception d'illégalité est irrecevable si la décision attaquée n'est pas une mesure d'application du règlement dont l'illégalité est invoquée. (...) De la seconde exigence, il résulte qu'on ne peut contester utilement la légalité que des dispositions du règlement sur la base desquelles la décision a été prise”¹⁵³.

Il semble plutôt que le Conseil d'État a précisé la notion d'application¹⁵⁴. En effet, une mesure peut ne pas être l'application de toutes les dispositions d'un acte. Aussi est-il logique de réserver la mise en oeuvre de l'exception d'illégalité aux seules dispositions qui lui ont effectivement servi de base. L'éventuelle illégalité des autres lui est certainement indifférente.

C'est bien ainsi que l'état du droit est le plus souvent décrit : “l'exception d'illégalité visant un acte réglementaire n'est utilement soulevée que si la légalité de la décision attaquée à titre principal est subordonnée à la légalité de cet acte : il faut que la décision attaquée ait été prise sur la base du règlement incidemment contesté, ou pour son application, ou qu'elle en ait fait application, bref qu'elle en constitue une mesure d'application”¹⁵⁵.

En d'autres termes, “admettre que l'on est en présence d'une “mesure d'application” du règlement revient *ipso facto* à admettre que l'illégalité de celle-ci entraîne l'illégalité de celle-là, selon le principe de base du contentieux en vertu

¹⁵³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 588.

¹⁵⁴ La preuve en est que le lien d'application n'est pas le seul cas d'opérance de l'exception d'illégalité. V. *infra*, p. 312 et s.

¹⁵⁵ A. Bacquet, *Exception d'illégalité*, RDCA, n° 62.

duquel l'illégalité d'un règlement entache d'illégalité les décisions prises pour son exécution"¹⁵⁶.

Le lien d'application n'est pas utilisé par le seul juge administratif pour établir le caractère opérant d'une exception d'illégalité. Fort logiquement, il est également au coeur de la jurisprudence judiciaire.

Ainsi selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, "il appartient aux juridictions répressives d'apprécier la légalité d'un arrêté d'expulsion, dès lors qu'elles sont saisies d'une infraction à un arrêté d'assignation à résidence pris en application dudit arrêté d'expulsion, l'appréciation de ces deux actes administratifs étant nécessairement liée"¹⁵⁷. La jurisprudence traditionnelle, reconnaissant la compétence du juge répressif à l'égard de l'exception d'illégalité d'un acte administratif, dès lors qu'il est assorti d'une sanction pénale, ne dément pas l'utilisation par ce juge de la notion d'application. Celle-ci est, en effet, sous-jacente dans celle d'acte pénalement sanctionné.

Par ailleurs, il est indifférent que cette dernière notion serve conjointement à qualifier le caractère opérant de l'exception d'illégalité et à reconnaître la compétence du juge pénal à son endroit. Ceci est certain lorsque le juge constate son incompétence à l'égard "d'un acte administratif individuel qui n'est pas lui-même pénalement sanctionné alors même que de sa légalité dépend l'issue du procès"¹⁵⁸. Il ne faut pas conclure de l'incompétence du juge à l'inopérance de l'exception d'illégalité.

Au contraire, son caractère opérant seul lui vaut sa qualité de question ; savoir si celle-ci est préalable ou préjudicielle relève d'une appréciation distincte.

¹⁵⁶ M. Dandelot, concl. sur CE 7 février 1986, Colombet, *RDP* 1986, p. 1161.

¹⁵⁷ Crim 11 décembre 1991, *Bull Crim*, n° 471. V. également, Crim 6 juillet 1911, *S* 1914, I, 422 ; Crim 10 novembre 1937, *DH* 1938, I, p. 118 ; Crim 5 février 1953, *Bull Crim*, n° 40.

¹⁵⁸ Crim 1er juin 1967, *Bull Crim*, n° 172 ; *JCP* 1968, II, 15505, obs. Lamarque.

Le nouvel article 111-5 du code pénal, qui déclare les juridictions pénales compétentes “pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et pour en apprécier la légalité lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis” n’innove pas à cet égard.

La solution est identique devant le juge non répressif qui est compétent pour appliquer un acte administratif tant que sa légalité n’est pas contestée devant lui¹⁵⁹.

L’association entre le caractère opérant de l’exception d’illégalité et l’existence d’un lien d’application unissant les actes en cause a, enfin, connu une consécration textuelle. En effet, le décret du 28 novembre 1983, concernant les relations entre l’administration et les usagers, dispose dans son article 2 que “lorsqu’une décision juridictionnelle devenue définitive émanant des tribunaux administratifs ou du Conseil d’État a prononcé l’annulation d’un acte non réglementaire par un motif tiré de l’illégalité du règlement dont cet acte fait application, l’autorité compétente est tenue, nonobstant l’expiration des délais de recours, de faire droit à toute demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif, lorsque l’acte concerné n’a pas créé de droits au profit de tiers”.

Associée dès l’origine en jurisprudence à un lien d’application entre les actes en cause, l’exception d’illégalité d’un acte administratif conserve aujourd’hui encore ce trait, officialisé timidement par le pouvoir réglementaire.

¹⁵⁹ V. Civ 15 avril 1890, *DP* 1899, I, p. 417 ; Civ 9 novembre 1921 et 14 février 1922, *S* 1922, I, p. 241, note Duguit ; Soc 13 novembre 1959, *Bull Civ*, IV, n° 1148 ; Civ 2ème 12 juillet 1961, *Bull Civ*, II, n° 569 ; Civ 2ème 15 novembre 1961, *Bull Civ*, II, n° 758 ; Civ 1ère, 10 décembre 1962, *Bull Civ*, I, n° 530 ; Civ 3ème 19 février 1974, *Bull Civ*, II, n° 82.

b - L'utilisation du lien d'application.

Le choix des illustrations jurisprudentielles de la notion d'application n'est pas aisé. D'innombrables arrêts ont admis ou rejeté une exception d'illégalité, portant chacun une appréciation sur le caractère opérant de ce moyen.

Plutôt qu'un inventaire fastidieux et hétéroclite, il semble préférable de décrire la notion jurisprudentielle d'application par la présentation de quelques "morceaux choisis" relatifs à la manière dont le juge apprécie le rapport entre les actes ou à la nature de ceux-ci. Quelques domaines particuliers du droit administratif peuvent également être étudiés.

□ - Le rapport entre les actes.

Les requérants se trompent souvent dans la détermination de l'acte appliqué par celui dont ils poursuivent l'annulation. Ce dernier se situe hors du champ d'application de l'acte excipé d'illégalité. La tâche du juge administratif est alors aisée : le rejet de l'exception en raison de son caractère inopérant s'impose.

Tel fut notamment le cas dans un arrêt du 19 mars 1976¹⁶⁰ : "la sanction appliquée aux époux Caboz et consistant en la résiliation du contrat de gérance par eux souscrit en 1963 n'a pas été prononcée en vertu de l'arrêté ministériel du 6 septembre 1965 relatif au régime des peines applicables aux gérants de débits de tabacs mais en application de l'article 5 du contrat de gérance (...) ; par suite, l'exception d'illégalité invoquée par les requérants à l'encontre de l'arrêté du 6 septembre 1965 est inopérante"¹⁶¹.

La situation est identique lorsque, induits en erreur par un visa surabondant de l'acte attaqué, les plaideurs excipent de l'illégalité du texte ainsi visé. Le juge administratif ne peut que la rejeter : "si l'arrêté attaqué a visé le décret du 19 avril

¹⁶⁰ V. CE Sect. 19 mars 1976, Époux Caboz, p. 169.

¹⁶¹ V. également, CE Sect. 8 janvier 1937, Cassin, p. 17 ; CE Ass. 26 juin 1953, Detruiseux, p. 319 ; CE 1er juin 1960, Demoiselle Seince, p. 1089 ; CE 15 novembre 1985, Société d'exploitation des établissements X, *RJF* 1986, n° 10 ; CE 3 décembre 1990, Ville d'Amiens, p. 344.

1934 qui n'était pas encore applicable et l'arrêté général du préfet du département du Rhône, en date du 30 juin 1933, dont l'annulation a été prononcée par le Conseil d'État le 10 janvier 1936, ces visas purement surabondants ne sauraient entraîner l'annulation d'un arrêté qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, a été régulièrement pris en vertu des articles 97 à 99 de la loi du 5 avril 1884"¹⁶².

Par ailleurs, la jurisprudence limite expressément, depuis l'arrêt Société des établissements Petitjean, l'utilité de l'exception d'illégalité aux seules dispositions qui ont effectivement été appliquées par l'acte attaqué.

Si donc ce dernier est intervenu pour la seule application des dispositions légales d'un texte, l'exception d'illégalité ne peut porter que sur elles et est vouée à l'échec, alors même que d'autres points du même acte sont illégaux mais divisibles¹⁶³. "L'illégalité de l'acte général, même non douteuse, ne sera pas dans tous les cas un motif d'annulation de la mesure individuelle d'application"¹⁶⁴.

Le juge administratif est, de ce fait, conduit à un examen extrêmement minutieux du fondement de l'acte attaqué, disséquant le contenu de celui dont il est censé être une mesure d'application.

Ainsi dans l'arrêt Société des laboratoires Roger Bellon constate-t-il que l'arrêté attaqué "a été pris en application des seules dispositions de l'alinéa 1er et du paragraphe 1 de l'article 13 ter dudit décret ; que dès lors, la Société Roger Bellon ne saurait se prévaloir utilement à l'appui de sa requête de la prétendue illégalité des dispositions du paragraphe 3ème de l'article 13 ter du décret (...) du 29 décembre 1945"¹⁶⁵. Naturellement, lorsqu'il résulte de cet examen que l'acte

¹⁶² CE 28 octobre 1936, Société des autocars et messageries Blanche, p. 922. V. également, CE Ass. 3 juillet 1936, Descemet, p. 722 ; CE 29 octobre 1982, Société des huileries et rizeries nord africaines, p. 669 ; CE Ass. 12 avril 1972, Benasse, p. 259, concl. Braibant.

¹⁶³ V. CE 1er mai 1929, Abbé Moirat, *D* 1929, 3, p. 52, note Josse ; CE Sect. 14 février 1958, Société des laboratoires Roger Bellon, *AJDA* 1958, II, p. 171, concl. Long ; CE 24 novembre 1978, Lemarquand, p. 468 ; CE 12 mars 1982, Conseil national de l'ordre des médecins, p. 109.

¹⁶⁴ P-L. Josse, note préc.

¹⁶⁵ CE Sect. 14 février 1958, Société des laboratoires Roger Bellon, préc.

attaqué a réellement appliqué les dispositions illégales¹⁶⁶ ou devenues illégales¹⁶⁷ d'un autre acte, le juge ne peut que l'annuler.

□ - Les actes.

Classiquement, il existe en droit administratif des catégories d'actes qui sont considérées comme insusceptibles de recours. Cependant, lorsqu'ils s'insèrent dans une continuité juridique et qu'ils paraissent nécessaires à des actes administratifs classiques, la jurisprudence, prenant acte de l'existence d'un rapport d'application, accepte qu'il soit excipé de leur illégalité. Il s'agit des actes préparatoires, des directives et des circulaires¹⁶⁸.

Comme les deux autres catégories, les actes préparatoires ont pour principale caractéristique de n'être pas susceptibles de recours contentieux direct mais uniquement d'une contestation indirecte, par la voie de l'exception d'illégalité. Or, pour être opérante, celle-ci doit apparaître à l'occasion du recours contre un acte pris à la suite de l'acte préparatoire.

L'expression même d'acte préparatoire précise le rapport qui doit unir les actes en cause. Dire qu'un acte est préparatoire signifie qu'à sa suite d'autres vont intervenir pour en faire application. L'acte préparatoire leur est nécessaire et s'insère, avec eux, dans une continuité juridique. Son exception d'illégalité ne peut donc qu'être opérante.

¹⁶⁶ V. CE 9 juin 1961, Martin, p. 382 ; CE Sect. 2 novembre 1962, Géraud, p. 587 ; CE Sect. 28 février 1964, Fédération de l'éducation nationale, p. 150 ; CE Ass. 27 février 1970, Dautan, p. 141 ; CE 26 avril 1974, Villatte, p. 253 ; CE 22 décembre 1978, SA Publimontre, p. 529 ; CE 20 janvier 1992, Ville de Caen, p. 28.

¹⁶⁷ V. par exemple, CE 26 mai 1935, Richard, p. 521 ; CE 5 mars 1943, Legrelle, p. 60 ; CE 3 décembre 1954, Rastouil, évêque de Limoges, p. 639 ; CE 7 janvier 1959, Andriamiseza, *RDP* 1955, p. 708, note Waline.

¹⁶⁸ V. *infra*, Chapitre II, p. 389 et s.

La jurisprudence admet sur ce fondement l'utilité de l'exception d'illégalité d'actes préparatoires de la procédure d'imposition¹⁶⁹, de la procédure électorale¹⁷⁰ ou de la procédure d'expropriation¹⁷¹.

La nature juridique des directives est plus ambiguë encore que celles des actes préparatoires. Proche pourtant de cette dernière catégorie, en ce qu'elle est insusceptible d'un recours contentieux direct, elle s'en différencie par sa similitude avec l'acte réglementaire, dans la mesure où les indications qu'elle contient sont susceptibles d'une infinité d'application, tant que les circonstances propres à chaque espèce n'imposent pas qu'il leur soit dérogé. Tout comme les actes préparatoires, les directives peuvent voir leur légalité critiquée par voie d'exception¹⁷². "A l'appui d'un recours dirigé contre une décision procédant de la directive, l'administré peut invoquer l'illégalité de cette dernière, en tant que non adaptée aux buts de la législation ou de la réglementation dont elle organise la mise en oeuvre"¹⁷³.

¹⁶⁹ V. notamment, CE 8 avril 1842, Ville de Chartres, p. 166 ; CE 30 mai 1861, Couppé d'Aboville, p. 452, concl. L'Hôpital ; CE 18 octobre 1933, Macagno, p. 927 ; CE 15 avril 1988, Vincent, p. 145 ; CE 4 octobre 1989, Schoeny, p. 585.

¹⁷⁰ V. notamment, considérant le sectionnement comme un acte préparatoire des opérations électorales, CE 5 juillet 1878, Bartholin, p. 646 ; CE 7 février 1879, Élections de Fabrègues, p. 106 ; ou, aujourd'hui, affirmant le caractère préparatoire de la convocation des électeurs, CE 8 décembre 1982, Mascaro, p. 703.

¹⁷¹ V. notamment, pour les arrêtés préfectoraux décidant l'ouverture d'une enquête parcellaire, CE 24 janvier 1964, Société Fayeton, p. 39 ; *AJDA* 1964, p. 380, concl. A. Dutheillet de Lamothe ; CE 27 janvier 1967, Époux Binet, p. 46 ; CE Ass. 23 juillet 1974, Gaulier, p. 453 ; *AJDA* 1975, p. 306, concl. Morisot.

¹⁷² V. à propos d'une circulaire contenant de simples directives, CE 6 mars 1991, Union hospitalière privée, p. 654 : "s'il a été tenu compte de ces directives qui sont dépourvues de caractère réglementaire, dans les études et avis qui ont précédé l'intervention de l'arrêté contesté, le ministre ne s'est nullement départi, en établissant les indices de besoin contestés de son pouvoir d'appréciation des circonstances propres à chaque secteur sanitaire ; par suite, le moyen tiré de ce que l'arrêté contesté aurait été pris en application d'une circulaire réglementaire illégale ne peut qu'être écarté". V. également, pour le refus originel d'admettre l'exception d'illégalité d'une directive, en raison cependant de sa nature et non du caractère inopérant de ce moyen, CE 13 juillet 1962, Arnaud, p. 474 ; *AJDA* 1962, p. 545, chr. Galabert et Gentot ; et pour l'application du régime actuel de la directive, CE Sect. 11 décembre 1970, Crédit foncier de France, *RD* 1971, p. 1224, note Waline ; *D* 1971, J, p. 674, note Loschak ; *JCP* 1972, II, 17232, obs. Fromont ; CE 29 juin 1983, Société Géo, p. 453 ; *RD* 1973, p. 547, note Waline ; *AJDA* 1973, p. 589, note Vier ; *D* 1974, J, p. 141, note Durupt ; CE 3 novembre 1976, Aufaure, p. 465 ; CE 18 novembre 1977, SA entreprise J. Marchand, p. 441, concl. Franc ; *AJDA* 1978, p. 654, note Mesnard ; CE 13 octobre 1978, Fédération des établissements hospitaliers d'assistance privée, p. 366 ; CE 10 juin 1983, Ministre du Budget et Compagnie Air France, p. 244 ; CE 18 octobre 1991, Union nationale de la propriété immobilière, p. 338.

¹⁷³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd, Montchrestien, 1995, n° 490.

La notion d'application joue, par ailleurs, fort logiquement pour déterminer le caractère opérant de l'exception d'illégalité des circulaires, lorsque, du moins, le juge leur a reconnu un caractère réglementaire. Ainsi requalifiées, elles doivent nécessairement être soumises au régime juridique des règlements. "Dès lors (...) le requérant peut, sans qu'aucune forclusion tirée de l'expiration du délai lui soit opposable, contester la légalité de cette instruction à l'appui de son pourvoi contre la décision qui lui en fait application"¹⁷⁴ .

Plus encore qu'en fonction des actes à l'égard desquels elle joue, la notion d'application nécessite une illustration en fonction des domaines matériels où elle apparaît.

□ - Les matières.

Historiquement, le contentieux électoral et le contentieux fiscal, en raison de leurs relations avec des libertés individuelles fondamentales incitant les plaideurs à toutes les audaces, semblent assumer la paternité de l'exception d'illégalité. Ce n'est pas un hasard si, l'un comme l'autre, mettent en jeu une succession d'actes organisés par des rapports d'application.

Ainsi, le juge administratif, souvent saisi de la contestation indirecte du sectionnement électoral duquel ont procédé les élections contestées, a-t-il admis l'opérance d'un tel moyen, en reconnaissant que celles-ci ont constitué une application de celui-là. La jurisprudence est, à cet égard, pléthorique¹⁷⁵. Qu'il nous

¹⁷⁴ CE Sect. 23 novembre 1951, Marcin-Kowsky, p. 548. V. également CE 22 novembre 1918, Piétri, p. 1012 ; CE Sect. 26 octobre 1934, Dubuisson, p. 960 ; CE 30 avril 1971, Congrégation des soeurs de Saint Joseph, p. 315 ; CE 17 janvier 1979, Jouglu, p. 589 ; CE 23 janvier 1981, Causer, p. 555 ; TA Versailles 7 octobre 1982, Niang, p. 500 ; TA Papeete 6 février 1990, Dufour, p. 587 ; CE 31 mars 1993, Estoup, *RJF* 1993, n° 916.

¹⁷⁵ V. notamment, après une première période marquée par le refus de l'exception d'illégalité du sectionnement (CE 22 juillet 1835, Élections de Corbie, p. 481; CE 4 juillet 1837, Élections de Saint Symphorien, p. 364), CE 30 décembre 1842, Élections de Roubaix, p. 557 ; CE 9 février 1850, Élections de Cournon-Terral, p. 137 ; CE 14 mai 1856, Bonnet, p. 360 ; CE 2 mai 1861, Élections de Matha, p. 317 ; CE 6

suffise de citer un arrêt de 1909 par lequel le Conseil d'État, après avoir constaté qu'au "moment des élections, le sectionnement était devenu contraire aux dispositions de l'article 11 de la loi du 5 avril 1884", en a déduit que "par suite, c'est avec raison que le conseil de préfecture a annulé les opérations électorales des 3 et 10 mai 1908, faites d'après un sectionnement qui n'était plus susceptible de recevoir une application légale"¹⁷⁶. C'est encore la notion d'application qui rend opérante l'exception d'illégalité de la réglementation des élections à l'appui du recours contre leur résultat¹⁷⁷.

En matière fiscale le juge administratif a anciennement accepté de statuer sur l'exception d'illégalité des actes à l'origine de l'imposition à l'appui de la demande en décharge de celle-ci¹⁷⁸. Cela ne soulève guère de discussion. Plus

août 1861, Élections de Tocqueville-Bénarville, p. 677 ; CE 4 juillet 1862, Élections d'Haget-Aubin, p. 537 ; CE 4 août 1862, Élections de Vabre, p. 640 ; CE 12 avril 1866, Élections de Versailles, p. 372 ; CE 27 février 1868, Élections d'Alger, p. 240 ; CE 26 juin 1869, Élections de Sétif, p. 595 ; CE 29 décembre 1871, Élections de Guillaumes, p. 341 ; CE 26 février 1872, Élections d'Olette, p. 116 ; CE 9 avril 1875, Testelin, p. 312 ; CE 25 février 1876, Élections de Toulouse, p. 194 ; CE 7 février 1879, Élections de Fabrègues, p. 106 ; CE 16 décembre 1881, Élections de La Rassauta, p. 991 ; CE 16 janvier 1885, Élections de Peyriac-Minervois, p. 47 ; CE 28 février 1885, Élections de Barbentane, p. 260 ; CE 11 juin 1886, Élections de Mazerolles, p. 518 ; CE 8 août 1888, Gapail, p. 740 ; CE 5 août 1893, Élections de Bram, p. 669 ; CE 15 janvier 1897, Élections de Touxnières-Mutry, p. 19 ; CE 6 août 1897, Élections de Vodables, p. 608 ; CE 18 janvier 1905, Élections de Tournel-Ronzières, p. 46 ; CE 5 avril 1905, Élections de Mende, p. 339 ; CE 12 février 1906, Élections du Vigan, p. 163 ; CE 17 mai 1907, Élections de Trévien, p. 492 ; CE 9 mars 1908, Élections de Trévien, p. 245 ; CE 19 mars 1909, Élections de Marseille, p. 312 ; CE 12 mai 1909, Élections de Pradelles, p. 484 ; CE 27 mai 1909, Élections de Castelnau-Montratier, p. 554 ; CE 5 mai 1911, Élections municipales de Biron, p. 532 ; CE 15 novembre 1912, Élections des Infournos, p. 1062 ; CE 10 janvier 1913, Élections de Sancerre, p. 32 ; CE 30 novembre 1990, Élections de Chauffailles, p. 342 ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. ; *RFDA* 1991, p. 580, concl. Pochard.

¹⁷⁶ CE 10 mars 1909, Élections de Blaison, p. 262. Il est intéressant de noter l'emploi, avant l'heure, du moyen tiré de l'illégalité par suite d'un changement de circonstances, en l'espèce un changement des circonstances de fait.

¹⁷⁷ V. notamment, CE Sect. 7 janvier 1972, Élections au conseil de l'UER de lettres de l'université de Limoges, p. 25 ; CE Ass. 31 janvier 1975, Élections au conseil de l'université de Toulouse-Mirail, p. 71 ; TA Amiens 25 avril 1975, Rouhette, p. 710 ; *AJDA* 1975, p. 460, note J. Chevallier ; CE 16 mars 1988, Audinet, p. 805 ; CAA Paris 10 avril 1990, CEMAGREF, p. 543 ; CAA Paris 2 juillet 1991, IEP de Paris, p. 956.

¹⁷⁸ V. notamment, CE 30 août 1845, Rivalz, p. 464 ; CE 12 février 1863, Grelleau, p. 106 ; CE 9 décembre 1864, Ville de Nancy, p. 90 ; CE 7 mai 1880, Poujaud, p. 430 ; CE 29 juillet 1883, Guiotat, p. 742 ; CE 6 août 1881, Latau, p. 792 ; CE 9 mars 1883, Broet, p. 246 ; CE 8 août 1888, Leclercq, p. 737 ; CE 19 mai 1899, Levieux, p. 401 ; CE 24 juin 1899, Lejeas, p. 470 ; CE 29 juin 1900, Merlin, p. 438 ; CE 23 novembre 1906, Jaillet, p. 843 ; CE 21 janvier 1910, Bruneau, p. 60 ; CE 28 avril 1911, Rigault, p. 494 ; CE 21 novembre 1913, Commune de Nans, p. 1131 ; CE 6 juin 1919, Gontier, p. 510 ; CE 1er décembre 1924, Berud, p. 1012 ; CE 30 novembre 1928, de Lambilly, p. 1233 ; CE Ass. Pub. 20 mars 1931, Trutié de Varreux, p. 330 ; CE 24 juin 1935, Ville d'Alès, p. 708 ; CE 19 décembre 1941, Ministre des finances c/ SA X, p. 227 ; CE 22 décembre 1947, Dufoulon, p. 561 ; CE 20 décembre 1948, Société X, p. 558 ; CE Sect. 14 juin 1968, Société

délicat fut le débat sur le caractère opérant de l'exception d'illégalité des dépenses effectuées grâce aux ressources nées de l'impôt. Dès 1906, dans des conclusions sur un arrêt Domec, Romieu a finement analysé les termes du problème. "La réclamation, lors du recouvrement de la taxe peut-elle porter sur la légalité de la dépense à laquelle la taxe est affectée ? [la] jurisprudence fait ici une distinction. En principe, on ne peut contester que la légalité de la taxe et non l'affectation du produit de la taxe à la dépense, ni la légalité de la dépense, car l'ensemble des recettes sert à payer l'ensemble des dépenses. (...) Exceptionnellement, il y a des recettes spéciales qui ne peuvent être perçues que pour un objet déterminé, que si les ressources générales ne suffisent pas et qui ne peuvent recevoir un autre emploi. Dans ce cas, la légalité de la taxe est intimement liée à la légalité de la dépense et alors il appartient au juge de la taxe d'examiner la légalité de la dépense"¹⁷⁹.

Un arrêt de Barbarin a parfaitement résumé la jurisprudence en la matière : "si le requérant ne saurait à l'appui d'une demande en dégrèvement d'imposition contester la légalité de la mise en recouvrement de centimes ordinaires en se fondant sur ce que des dépenses illégales auraient été votées par le conseil municipal, il est recevable à contester, par ce moyen, la perception de centimes pour insuffisance de revenus"¹⁸⁰.

Dès les premières années de ce siècle et avant même que l'exception d'illégalité n'ait connu une explicite consécration jurisprudentielle ou doctrinale, le raisonnement pour admettre son caractère opérant était, en matière fiscale du

André-Citroën, p. 371 ; CE 27 juin 1969, Société X, p. 345 ; CE 17 juin 1970, Berger, p. 411 ; CE 16 décembre 1991, Lallemand, *RJF* 1992, n° 248.

¹⁷⁹ Romieu, concl. sur CE 9 mars 1906, Domec, p. 109 ; *RDP* 1906, p. 662, note Jèze.

¹⁸⁰ CE 30 juin 1933, de Barbarin, p. 713. V. également, affirmant le caractère inopérant de l'exception d'illégalité des dépenses, CE 7 septembre 1961, Delair, p. 794 ; CE 17 mai 1907, Fauche, p. 484 ; CE 12 juillet 1909, Perchois, p. 690, et affirmant, au contraire, la possibilité de contester la légalité des dépenses liées à une recette spéciale, CE 26 janvier 1877, Massignon, p. 97 ; CE 2 mars 1877, Daniel, p. 208 ; CE 27 avril 1877, Labruyère, p. 374 ; CE 4 janvier 1878, Cheilus, p. 10 ; CE 29 juin 1900, Merlin, p. 438 ; CE 9 mars 1906, Domec, préc. ; CE 3 mai 1961, Pételaud, p. 281 ; CE 16 juin 1976, *RJF* 1976, n° 406 ; CE 13 mai 1987, *RJF* 1987, n° 807.

moins, rigoureusement établi. Et si le terme d'application n'apparaît ni dans la jurisprudence citée ni dans les conclusions de Romieu le concept est toutefois sous-jacent lorsque ce dernier affirme que "la légalité de la taxe est intimement liée à la légalité de la dépense".

Le contentieux de la répression des atteintes à l'intégrité du domaine public a, quant à lui, donné lieu à des hésitations de la part du juge administratif.

Il a admis sans ambiguïté le caractère opérant de l'exception d'illégalité de la délimitation du domaine lors des poursuites exercées à la suite d'un empiétement. La notion d'application est au coeur du raisonnement tenu : "l'exactitude de la délimitation ainsi opérée peut être discutée à l'occasion de litiges concernant des mesures faisant application de celle-ci"¹⁸¹.

La solution connaît toutefois une limite. "Dans le cas d'un empiétement sur le domaine public naturel, constitutif d'une contravention de grande voirie, l'irrégularité de la procédure d'intervention de l'arrêté de délimitation du domaine n'est pas susceptible d'être utilement invoquée"¹⁸². La nuance procède d'une subtile mais très rigoureuse analyse des rapports d'application. Si les poursuites sanctionnent un empiétement sur le domaine, il est naturel que la contestation de la délimitation de celui-ci soit accueillie. Cependant, l'acte de délimitation n'ayant, en principe, qu'un caractère déclaratif, les éventuelles irrégularités procédurales qui l'entachent sont sans influence sur la légalité de la délimitation. Il est, dès lors, logique de déclarer inopérante l'exception mettant en cause ces vices procéduraux.

Plus délicate est la question de l'opérance de l'exception d'illégalité des actes administratifs individuels dont la violation a déclenché les poursuites. "Une

¹⁸¹ CE 30 janvier 1980, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Richaud*, *D* 1980, IR, p. 300, obs. P. Delvolvé. V. également CE 7 août 1886, *Ministre des travaux publics c/ Drouet*, p. 751 ; CE 17 juillet 1903, *Perrier*, p. 518.

¹⁸² CE 1er octobre 1971, *Malgras*, p. 1224.

personne poursuivie pour occupation irrégulière du domaine public peut-elle exciper, devant le juge des contraventions de grande voirie, de l'illégalité de l'acte qui, en mettant fin à son titre ou en le supprimant, l'a obligée à libérer le domaine ?¹⁸³.

A cet égard, deux logiques se sont affrontées en jurisprudence. La première a été exposée dans un arrêt de 1955 : "il n'appartient pas au juge saisi d'un procès-verbal de contravention de grande voirie de rechercher les motifs pour lesquels les poursuites ont été engagées et il doit, si les lois et règlements ont été violés, prononcer les condamnations encourues ; en admettant que le refus de renouveler l'autorisation d'occupation précédemment accordée soit entaché d'illégalité, cette circonstance n'est pas de nature à effacer la contravention de grande voirie résultant de l'occupation sans titre du domaine public"¹⁸⁴. Protectrice du domaine public, cette jurisprudence se fonde sur le caractère objectif de la répression des atteintes qui lui sont portées : seuls des faits matériels doivent être pris en considération par le juge de la grande voirie qui punit automatiquement leurs auteurs.

Cependant, une autre thèse considère que, lorsque c'est en raison d'un acte administratif que l'occupation s'est transformée en occupation sans titre, les poursuites sont déclenchées en application de cet acte. L'admission de l'utilité de l'exception d'illégalité s'impose alors d'elle-même car il n'est pas contraire à la protection du domaine de ne pas sanctionner les occupants évincés illégalement. Il semble que tel soit l'état actuel du droit depuis un arrêt Boissier de 1982¹⁸⁵.

¹⁸³ B. Lasserre et J-M. Delarue, chr. sous CE Sect. 26 juillet 1982, Boissier, *AJDA* 1982, p. 696.

¹⁸⁴ CE 11 février 1955, Ministre des travaux publics, des transports et du tourisme, p. 87. V. également CE 29 mai 1974, Imbert, p. 327.

¹⁸⁵ CE Sect. 26 juillet 1982, Boissier, p. 302, concl. Dondoux ; *AJDA* 1982, p. 696, chr. Lasserre et Delarue. Cet arrêt a renoué avec une jurisprudence à laquelle seuls les deux arrêts de 1955 et 1974 avaient dérogé, v. CE 29 novembre 1895, Bovis, p. 774 ; CE 27 février 1935, Micheu, p. 266 ; CE 15 décembre 1937, Demoiselle Vessière, p. 1047 ; CE 8 mars 1939, Tsamis, p. 151 ; CE 9 janvier 1957, Desaveines, p. 21.

Le droit de la fonction publique, comme le droit de l'urbanisme, est largement écrit et codifié. Tous deux génèrent des successions d'actes concernant soit un seul agent soit une seule opération. La présentation en ces domaines de quelques solutions jurisprudentielles relatives à des exceptions d'illégalité devrait permettre de parfaire la compréhension de la notion d'application.

Le contentieux des concours ouverts pour le recrutement des agents publics offre de multiples possibilités d'exception d'illégalité.

A l'appui du recours exercé contre les résultats des épreuves ou contre les nominations opérées à leur suite, il est ainsi possible d'invoquer l'illégalité de la décision d'ouvrir le concours¹⁸⁶ ou de la réglementation de celui-ci¹⁸⁷. L'arrêt Dorlencourt est explicite quant aux liens unissant ces actes : "le sieur Dorlencourt qui conteste les résultats du concours d'agrégation des facultés de médecine, est recevable, à propos de l'application qui a été faite des dispositions de l'arrêté ministériel du 7 novembre 1922 organisant ce concours, à discuter la légalité de ces dispositions"¹⁸⁸.

L'exception d'illégalité peut viser, par ailleurs, la décision fixant le nombre de places offertes au concours¹⁸⁹, celle déterminant la composition du jury¹⁹⁰ ou

¹⁸⁶ V. la formule de l'arrêt Verret, CE 12 juin 1925, Verret, p. 562 : "si le requérant s'est présenté au concours de l'intendance après la publication du décret du 29 juillet 1922, il n'a point renoncé à en critiquer la légalité à l'occasion des nominations faites par application des dispositions dudit décret". V. également, CE 13 novembre 1924, Antoine, p. 872 ; CE 20 juin 1958, Guimezanes, p. 372 ; *RDP* 1959, p. 108, note Waline ; CE 7 juillet 1976, Sebillote, p. 348 ; CE 7 octobre 1983, Limoge, p. 403.

¹⁸⁷ V. CE 10 mai 1912, Abbé Bouteyre, p. 553 ; CE 26 mars 1926, Dorlencourt, p. 365 ; CE 12 mai 1950, Grenier, p. 282 ; CE 14 octobre 1950, Ville de Toulouse, p. 503 ; CE 24 avril 1974, Gohlen, p. 246 ; CE 22 avril 1983, Sabin, p. 159.

¹⁸⁸ CE 26 mars 1926, Dorlencourt, préc.

¹⁸⁹ V. notamment, CE 19 mai 1943, Association amicale des chefs et rédacteurs du personnel intérieur de la préfecture de la Seine, p. 124.

¹⁹⁰ V. notamment CE 11 février 1916, Chatel, p. 80 ; CE 17 juin 1927, Bouvet, p. 676 ; CE 1er juillet 1955, Brenier, p. 376 ; CE 19 novembre 1958, Butori, p. 565 ; *AJDA* 1958, p. 450, concl. Bernard ; CE 22 mai 1963, Viallet, p. 320.

celle fixant la liste des candidats admis à concourir¹⁹¹. Elle peut, enfin, porter sur le déroulement même des épreuves¹⁹².

En matière disciplinaire, le juge, saisi de la contestation de révocations prononcées à l'encontre de fonctionnaires, a considéré que n'était pas opérante, au soutien de ces recours, l'exception tirée de l'illégalité des mesures de suspension dont ils avaient antérieurement fait l'objet. La solution étonne a priori compte tenu de la continuité juridique qui unit suspension et révocation d'un agent public.

Cependant, ces deux décisions n'étant pas unies par un lien de nécessité, la seconde ne peut être considérée comme l'application de la première et l'exception ne saurait être opérante. Le Conseil d'État l'a démontré en se fondant sur les textes organisant la procédure en cause. "La suspension prévue par l'article 55 du décret du 5 août 1923 est une mesure provisoire qui ne doit pas obligatoirement précéder la révocation ; si des dispositions du même article, il résulte que le fonctionnaire suspendu qui n'aurait pas été renvoyé dans les deux mois devant un conseil de discipline peut, s'il s'y croit fondé, se prévaloir de la violation des prescriptions du décret pour demander sa réintégration (...) il ne peut exciper de cette irrégularité pour attaquer l'arrêté de révocation intervenu dans la suite, alors que la révocation a été précédée de toutes les formalités prescrites par les articles 49 à 54 du même décret"¹⁹³.

¹⁹¹ V. CE 28 décembre 1917, Perrens, p. 879 ; CE 18 décembre 1925, Courbon, p. 1032 ; CE 2 novembre 1956, Lombard, p. 407 ; CE 3 mai 1957, Azoulay, p. 278 ; CE Sect. 8 octobre 1965, Marfaing, p. 497, concl. Bertrand ; *AJDA* 1966, p. 156, chr. Puissochet et Lecat.

¹⁹² V. notamment, CE 18 mars 1943, Chalvon-Demersay, p. 134 ; CE 28 octobre 1959, Ministre de l'éducation nationale c/ Parisot, p. 550, concl. Braibant ; CE 7 octobre 1960, Ministre de la santé c/ Lautier, p. 552 ; CE 5 octobre 1962, Hurr, p. 515 ; CE 8 février 1965, Tremblay, p. 88 ; CE 18 novembre 1983, Ministre de la santé c/ P. Colin, *DA* 1983, n° 492 ; CE 4 octobre 1991, Leduc, p. 659 ; CE 20 septembre 1991, Martin, *RDP* 1992, p. 876, n° 14.

¹⁹³ CE 6 février 1929, Bollengier, p. 148. V. également CE 20 février 1920, Durand, p. 192 ; CE 5 mai 1928, Perrin, p. 569. V. pour une confirmation, un arrêt où l'annulation d'une mesure de révocation ne remet pas automatiquement l'agent dans la position de suspension qui avait pris fin précisément à la date de la révocation, CE 11 juillet 1950, Benzal, p. 324.

On ne saurait mieux dire qu'une exception d'illégalité est inopérante, en l'absence d'un lien d'application, lorsque l'acte attaqué intervient non nécessairement à la suite de celui visé par l'exception. En effet, la suspension n'est non seulement pas nécessaire à la révocation mais, en outre, même effective, elle peut déboucher, non sur une révocation, mais sur une réintégration de l'agent qui en a été l'objet.

Le droit de la fonction publique offrirait encore bien des commentaires au sujet du caractère opérant de l'exception d'illégalité. Il ne saurait cependant être envisagé de les présenter tous.

La même profusion existe en droit de l'urbanisme. Nous étudierons ultérieurement le problème des rapports entre le permis de construire et le plan d'occupation des sols, qui a connu une évolution jurisprudentielle provoquant, en matière d'exception d'illégalité, une révolution juridique¹⁹⁴. Pour le reste un choix s'impose. Sa complexité rend le contentieux des zones d'aménagement concerté (ZAC) particulièrement intéressant au regard de la jurisprudence sur l'opérance de l'exception d'illégalité.

Cela a été noté, le juge admet l'exception d'illégalité de la décision de créer une ZAC au soutien du recours contre l'arrêté d'approbation de son plan d'aménagement de zone (PAZ)¹⁹⁵. Il refuse, au contraire, d'apprécier la légalité de la décision modifiant les limites d'un lotissement pour rendre possible la création d'une ZAC à la place¹⁹⁶.

Les rapports entre la procédure de création de la zone et celle permettant l'expropriation des terrains qui lui sont nécessaires sont fixés par une jurisprudence constante. "L'arrêté préfectoral, déclarant d'utilité publique les

¹⁹⁴ Sur celles-ci et sur leur critique, v. infra, Section II, p. 352 et s.

¹⁹⁵ V. CE 23 mars 1979, Valentini, p. 133 ; *AJDA* nov. 1979, p. 53, note Souloumiac ; TA Nice 23 février 1988, Union des commerçants et artisans de Saint Cyr sur Mer, p. 973 ; CE 26 mai 1993, *DA* 1993 n° 376.

¹⁹⁶ V. CE Sect. 17 octobre 1980, Bert, p. 370, concl. Labetoulle ; *AJDA* 1980, p. 649, chr. Feffer.

acquisitions de terrains et les travaux nécessaires à la réalisation d'une zone d'aménagement concerté relève d'une procédure distincte et indépendante des arrêtés créant la zone ou approuvant son plan d'aménagement de zone ; dès lors est inopérant le moyen tiré des prétendues irrégularités entachant ces derniers arrêtés au soutien d'un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté portant déclaration d'utilité publique"¹⁹⁷.

La solution prévaut logiquement dans l'hypothèse inverse, lorsqu'est invoquée, à l'appui du recours contre un des actes relatifs à la zone, l'illégalité de la déclaration d'utilité publique¹⁹⁸.

Le juge administratif a estimé, au contraire, que l'illégalité de la procédure d'élaboration d'un schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme pouvait être invoquée pour justifier l'annulation de la création de la ZAC¹⁹⁹ ou l'illégalité de cette dernière décision à l'appui du recours exercé contre l'acte désignant les constructeurs à qui les terrains doivent être cédés²⁰⁰. L'exception d'illégalité de la désignation du concessionnaire de travaux d'aménagement a également été admise dans le cadre de la contestation de l'arrêté de cessibilité des terrains intervenu à la suite et en application de la déclaration d'utilité publique de leur expropriation²⁰¹.

Trois derniers arrêts méritent quelques développements particuliers. Ils rejettent le caractère opérant de l'exception d'illégalité d'actes en raison de leur

¹⁹⁷ CE Ass. 28 octobre 1987, Association pour la défense des sites et paysages, p. 327; *AJDA* 1988, obs. Prétot, *D* 1990, Som, p. 20, obs. Bon. V. également, CE 8 mars 1974, Challe, p. 1010 ; CE 10 mars 1976, Valentini, p. 947 ; CE 14 mars 1979, Denu, *Droit et Ville* 1979, n° 8, p. 244, note Bouyssou ; TA Strasbourg 22 mai 1986, Stephan, p. 340.

¹⁹⁸ V. TA Amiens 20 décembre 1977, Association de défense des creillois de la rive gauche, p. 654 ; CE Sect. 28 octobre 1983, Cocaud, *AJDA* 1984, p. 173, concl. O. Dutheillet de Lamothe ; *D* 1984, IR, p. 454, obs. Bon.

¹⁹⁹ V. CE 9 juin 1982, Association de sauvegarde des espaces verts des Monts d'Or, *D* 1982, IR, p. 518, obs. Charles.

²⁰⁰ V. CAA Paris 29 mars 1993, Association information et défense de l'environnement et de l'urbanisme, *DA* 1993, n° 251.

²⁰¹ V. CE 22 mars 1978, Groupement foncier agricole des cinq ponts, p. 845.

non nécessité à l'édiction de ceux contre lesquels est dirigé le recours pour excès de pouvoir.

Est ainsi écartée, l'exception tirée de l'irrégularité de l'enquête publique ayant précédé l'établissement du plan d'aménagement de zone. "Il résulte des dispositions des articles 5 et 6 du décret du 30 mai 1969 que la soumission du plan d'aménagement de zone à enquête publique est une condition préalable à son approbation mais non à sa prise en considération ; dans le cas où une enquête n'est pas nécessaire en vertu notamment de l'article 6-1 de ce décret, l'illégalité éventuelle de la déclaration d'utilité publique ayant précédé la décision de prise en considération du plan d'aménagement de zone, si elle a pour conséquence que l'arrêté de prise en considération du plan d'aménagement de zone ne peut valoir approbation de ce plan, est sans influence sur la légalité même de cet arrêté de prise en considération"²⁰².

Pareillement, il a été reconnu que l'existence d'un acte portant concession d'endigage n'étant pas un préalable juridiquement nécessaire à la création d'une ZAC, l'annulation de cet acte est sans influence sur la légalité de l'arrêté portant création de la zone²⁰³.

Enfin, en matière de zone d'aménagement différé (ZAD), un arrêt Commune de Château d'Olonne²⁰⁴ a opéré une subtile analyse des rapports entre l'institution d'une pré-ZAD et la création définitive de la zone. Le Conseil d'État a considéré, à la suite de son commissaire du gouvernement, que, si la création d'une ZAD peut être préparée par l'institution d'une pré-ZAD, celle-ci n'est pas le préalable nécessaire de celle-là, qui peut être créée sans elle. Il en a conclu logiquement au caractère inopérant de l'exception tirée de l'illégalité de l'arrêté portant délimitation provisoire de la zone.

²⁰² CE 26 mai 1982, Association de défense du quartier des Tufs, p. 785.

²⁰³ V. CE 20 mai 1977, Paoli, p. 1000.

²⁰⁴ V. CE 16 octobre 1981, Commune de Château d'Olonne, p. 378 ; *Droit et Ville* n° 12, p. 279, concl. Genevois ; *AJDA* 1981, p. 591, chr. Tiberghien et Lasserre.

Mais la simplicité n'est pas du monde de l'urbanisme. "L'introduction d'une nuance est rendue nécessaire par le fait que lorsqu'une pré-ZAD a précédé la création d'une ZAD, la date de référence retenue pour l'exercice du droit de préemption est celle de l'usage du bien un an avant la création de la pré-ZAD"²⁰⁵ et non plus un an avant la création de la zone. "De plus, la durée d'exercice du droit de préemption n'est pas la même. Sur la durée maximum de quatorze ans prévue par les textes s'impute le cas échéant la durée de validité de la pré-ZAD"²⁰⁶.

"L'institution d'une pré-ZAD ayant donc une influence directe sur l'estimation du bien et sur la date à laquelle expire le droit de préemption, il doit être possible d'exciper de son illégalité lorsque les dates de référence sont elles-mêmes contestées"²⁰⁷.

Le juge administratif est ainsi conduit pour déterminer le caractère opérant de l'exception d'illégalité à des analyses subtiles du lien d'application. Si le lien n'existe pas entre l'institution d'une pré-ZAD et la création de la zone, il existe cependant en matière de calcul des dates de référence puisque l'institution de la pré-ZAD a pour effet de les avancer d'une année. Sur ce point, mais sur ce point seul, l'acte décidant la création définitive de la zone doit être considéré comme appliquant l'acte provisoire. En effet, ce dernier lui est alors nécessaire et s'insère avec lui dans une continuité juridique.

Épuiser la liste des hypothèses où le juge a reconnu opérante une exception d'illégalité en raison de l'existence d'un lien d'application aurait été un

²⁰⁵ B. Genevois, concl. préc.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ F. Tiberghien et B. Lasserre, chr. préc. L'arrêt réserve explicitement cette hypothèse: "la commune requérante, qui ne conteste pas les dates de référence retenues par le décret attaqué, approuvant la création d'une ZAD, pour l'exercice du droit de préemption du département, n'est pas fondée à se prévaloir, pour demander l'annulation des autres dispositions de ce décret, de l'irrégularité prétendue des arrêtés du préfet de la Vendée en date des 21 novembre 1975 et 18 novembre 1976, portant délimitation provisoire de la zone". Il convient de noter la confusion commise sur le fondement du rejet de l'exception : celle-ci n'est pas rejetée en réalité parce qu'infondée mais parce qu'inopérante.

exercice long et peu pertinent. Des quelques illustrations choisies, ressortent les méthodes du juge administratif pour établir la nature du lien unissant l'acte attaqué et l'acte dont l'illégalité est excipée. L'examen minutieux auquel il procède se fonde largement sur les dispositions textuelles organisant la procédure en cause. Quelle qu'elle soit, le lien d'application, nous l'avons vu, n'est avéré que lorsque l'acte visé par l'exception est nécessaire à celui dont l'annulation est recherchée et qu'ils s'intègrent, ensemble, dans une continuité juridique.

Cependant, les deux éléments rendant opérante l'exception d'illégalité ne se réalisent pas uniquement par l'existence d'un lien d'application.

B - La réalisation par le lien de consubstantialité.

Un examen de la jurisprudence permet d'appréhender l'insuffisance de la thèse classique selon laquelle l'exception d'illégalité ne jouerait qu'au cas où l'acte qu'elle vise a été appliqué par celui contre lequel est dirigée le recours au fond.

Le lien d'application ne peut rendre compte d'un certain nombre d'hypothèses pour lesquelles, toutefois, la jurisprudence a admis explicitement ou implicitement l'exception d'illégalité.

Elles doivent cependant satisfaire à la condition théorique d'opérance de l'exception d'illégalité : l'acte visé par l'exception doit être nécessaire à celui contre lequel le recours est exercé et former avec lui une continuité juridique.

Faute de tentative doctrinale antérieure visant à établir la nature du second lien rendant opérante l'exception d'illégalité, il est nécessaire dans un premier temps de recenser les hypothèses où, malgré l'absence de lien d'application entre les actes en cause, le juge a admis l'utilité de l'exception d'illégalité de l'un d'entre eux. Ce recensement fera alors apparaître un caractère particulier permettant de constituer une catégorie homogène. L'exception d'illégalité est opérante

quand les actes soumis au juge sont unis par un lien plus étroit encore, qualifiable, faute de mieux, de lien de consubstantialité.

1 - L'existence d'un autre lien.

Par inadvertance ou par embarras, la doctrine omet de s'interroger systématiquement sur le rapport unissant le fond du litige et l'exception d'illégalité. Lorsque le rapport d'application est manifeste, cela est signalé et longuement justifié. Mais quand un tel rapport ne peut être identifié, les commentateurs observent un silence prudent sur les motifs de la reconnaissance du caractère opérant de l'exception. L'insuffisance de l'explication traditionnelle, par la notion d'application, se fait alors jour.

Cela est évident en matière de plein contentieux, mais non moins certain dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

a - En matière de plein contentieux.

Tous les auteurs justifient la mise en oeuvre du mécanisme de l'exception d'illégalité par le fait que l'acte objet du recours principal est un acte d'application de celui dont une des parties invoque l'illégalité par voie d'exception. Tous notent également, le plus souvent dans le cadre de la présentation des dérogations à l'irrecevabilité traditionnelle de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs, qu'elle peut être soulevée sans condition de délai à l'appui d'un recours en indemnité, fondé sur la faute constituée par cette illégalité²⁰⁸.

²⁰⁸ Il s'agit bien là d'une exception d'illégalité comme le prouve la rédaction de certains arrêts : "il ressort des termes de l'acte attaqué que [le conseil du contentieux administratif] sans prononcer expressément l'annulation, qui ne lui était d'ailleurs pas demandée, de l'arrêté précité du 4 mai 1935 a déclaré ledit arrêté inopposable à la dame Mescam en raison de l'illégalité dont il serait entaché, et a renvoyé l'intéressée devant l'administration pour être procédé à la reconstitution rétroactive de sa carrière, le conseil du contentieux administratif saisi d'un recours de plein contentieux devait seulement statuer sur les conclusions de ce recours en appréciant si l'illégalité alléguée par l'intéressée constituait ou non une faute de nature à engager la

Aucun cependant ne s'attache à confronter ces deux propositions. Existe-t-il pourtant un lien d'application entre l'acte argué d'illégalité et le refus par la puissance publique d'indemniser un particulier pour cette illégalité ? Assurément non.

Invoquer l'originalité du plein contentieux est insuffisant pour justifier une situation propre au contentieux de la responsabilité pour illégalité. D'une part, cela ne suffit pas à expliquer ce qui rend, dans notre hypothèse, l'exception d'illégalité opérante. D'autre part, aucune particularité de la pleine juridiction ne semble se manifester en la matière.

En effet, le débat porte sur un problème de responsabilité liée à une illégalité fautive. L'exigence traditionnelle d'un lien de causalité traduit le même souci qu'en matière d'excès de pouvoir de déterminer un rapport entre l'acte incriminé et le fond du litige.

En outre, en dépit des apparences, la responsabilité pour illégalité met également le juge en présence de deux actes administratifs. Le premier est la décision à l'origine du préjudice allégué et dont l'illégalité prétendue serait constitutive de la faute ouvrant droit à réparation. L'autre est la décision de refus d'indemnité, provoquée par le requérant pour satisfaire aux exigences de la règle de la décision préalable. Tout recours juridictionnel devant, sauf rares exceptions, être exercé contre une décision, le plein contentieux n'échappe pas à cette règle.

responsabilité du haut commissaire de France à son égard", (CE 30 novembre 1951, Haut commissaire de France en Indochine c/ Mescam, p. 567). "Il résulte de ce qui précède que les décisions infligeant des sanctions à la dame Buscail ne sont entachées d'aucune illégalité ; par suite, la responsabilité de l'État à l'égard de la requérante ne saurait être engagée sur le fondement de la faute du service public", (CE Sect. 15 octobre 1971, Buscail, p. 613). V. également les formules des arrêts, CE 19 avril 1944, Sibenaler, p. 115 ; CE 13 juillet 1961, Parnière, p. 1114 ; CE Ass. 2 juillet 1982, Szczepariach, p. 265 ; CE 21 novembre 1986, Association de gestion de Notre Dame de Verneuil, p. 704 ; CE 29 avril 1987, Ministre de l'intérieur c/ École Notre Dame de Kernitron, *D* 1988, SC, p. 57 ; *RFDA* 1989, p. 989, concl. Roux ; CE 24 mars 1989, Époux Bourelly, *DA* 1989, n° 303 ; CE Ass. 7 juillet 1989, Ordonneau, p. 161.

Saisi de la contestation d'une décision de refus de dédommager la victime de l'illégalité d'un acte administratif, le juge administratif accepte depuis longtemps²⁰⁹ qu'il soit excipé de cette illégalité.

Il y a donc exception tirée de l'illégalité d'un acte à l'appui du recours contre un autre, comme dans le cadre de l'excès de pouvoir. Bien que le premier soit nécessaire au second et que l'un et l'autre s'inscrivent dans une continuité juridique, si l'exception est implicitement reconnue opérante, ce n'est pas grâce à un éventuel lien d'application entre eux.

L'opinion de Maurice Hauriou, selon lequel "c'est l'exécution de la décision administrative entachée d'excès de pouvoir qui cause un préjudice pécuniaire, et non pas la décision elle-même ; en effet, par elle-même, la décision exécutoire ne produit qu'un effet de droit et non pas un préjudice de fait, et le préjudice de fait seul justifie l'indemnité"²¹⁰ ne doit pas induire en erreur. Hauriou affirmait uniquement que le préjudice qui va provoquer la demande de réparation naît à l'occasion de l'application de l'acte illégal. Cela ne signifie pas que la décision de refus d'indemniser soit elle-même une application de cet acte. Une chose est d'affirmer que le préjudice naît de l'application de l'acte illégal, une autre est de lier l'illégalité, constitutive de la faute, à la décision de refus de dommages-intérêts.

La demande de réparation et sa traduction contentieuse par le refus d'indemniser ne sauraient être qualifiés de mesures d'application de la décision initiale. Le caractère opérant de l'exception d'illégalité, justifié par l'existence d'un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique est ailleurs.

²⁰⁹ V. CE 31 mars 1911, Blanc, Argain, Bezie, S 1912, 3, p. 129, note Hauriou.

²⁰⁹ M. Hauriou, note préc.

b - En matière de recours pour excès de pouvoir.

Plus encore qu'en plein contentieux, les hypothèses d'opérance de l'exception d'illégalité d'un acte administratif non appliqué par celui dont l'annulation est demandée n'ont pas retenu l'attention de la doctrine. Elles n'en sont pas moins certaines.

L'une d'entre elles a déjà été rapidement présentée.

Il s'agit du retrait d'un acte administratif. Depuis l'arrêt Dame Cachet du 3 novembre 1922²¹¹, il est établi que "s'il appartient à l'autorité administrative qui a pris une décision ayant créé des droits, ou s'il appartient à son supérieur hiérarchique, d'en prononcer d'office le retrait lorsque cette décision est entachée d'une illégalité de nature à en entraîner l'annulation par la voie contentieuse, ils ne peuvent le faire que tant que les délais du recours contentieux ne sont pas expirés". Les conditions du retrait des actes créateurs de droits sont simples : le retrait ne sera légal que s'il intervient avant que l'acte ne soit devenu définitif et en raison de son illégalité.

La légalité de la décision de retrait est donc soumise à l'illégalité de la décision retirée. En cas de contestation sur le retrait, le juge administratif est tenu de vérifier l'illégalité de la décision disparue. L'existence d'une exception d'illégalité est indéniable.

Les formules jurisprudentielles corroborent cette opinion. "Tant que le délai de recours contentieux contre le décret n'était pas expiré, l'administration avait le droit de se fonder sur l'illégalité dont s'agit pour rapporter ladite nomination ou pour mettre fin à ses effets"²¹². "Pour apprécier la légalité de la décision [de retrait] attaquée, il y a lieu d'examiner les conditions dans lesquelles avait été pris l'arrêté ainsi retiré"²¹³.

²¹⁰ V. CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, *RD* 1922, p. 552, concl. Rivet ; S 1925, 3, p. 9, note Hauriou.

²¹² CE 30 mai 1951, Guichard, p. 740.

²¹³ CE 31 mars 1922, Courtois, p. 294. V. également, CE 19 novembre 1928, Monzat, *D* 1928, 3, p. 33, note Devaux, concl. Cahen Salvador ; CE 7 octobre 1960, *Ministre de la Santé c/ Moivet*, p. 844 ; TA Paris 7 juin 1977, *Syndicat général du livre*, p. 590.

Les commissaires du gouvernement dans leurs conclusions reprennent la même idée. “Seule pourrait donc justifier le retrait, l’illégalité du transfert initial (...). Pour répondre à un tel moyen, il nous semble que la méthode la plus sûre consiste à vous poser la question suivante : si le décret initial de transfert avait été directement attaqué devant vous, par le moyen que nous venons d’exposer, auriez-vous annulé ce décret de ce chef ?”²¹⁴.

La doctrine n’a pas, elle non plus, démenti le raisonnement. “Lors de l’examen de la légalité de l’acte de retrait, il est possible d’examiner aussi la légalité de l’acte retiré, puisqu’une des conditions de la légalité de l’acte de retrait est l’illégalité de l’acte retiré”²¹⁵.

Nul ne s’est pourtant interrogé plus avant sur la nature du lien qui unit l’acte retiré et l’acte de retrait. Or, il n’est pas sérieusement contestable qu’il ne s’agit pas d’un lien d’application. La décision de faire disparaître un acte de l’ordre juridique n’est pas prise en son application.

Néanmoins, le caractère opérant de l’exception d’illégalité est logique au regard de la condition préalablement établie. L’acte retiré est effectivement nécessaire à l’acte de retrait et forme avec lui une continuité juridique.

Les développements précédents peuvent être reproduits quant à l’hypothèse de l’abrogation d’un acte administratif. Lorsque celle-ci est demandée à l’administration, elle est obligatoire sous certaines conditions. En cas de refus, le recours pour excès de pouvoir est donc ouvert au particulier. Initialement la jurisprudence Despujol²¹⁶ limitait la possibilité d’obtenir l’abrogation aux

²¹⁴ Agid, concl. sur CE Plen 17 novembre 1950, EDF, *CJEG* 1951, p. 80.

²¹⁵ J. Virole, note sous CE 10 juin 1977, Consorts Maurel, *CJEG* 1977, p. 140.

²¹⁶ V. CE 10 janvier 1930, Despujol, *S* 1930, 3, p. 41, note Alibert, *D* 1930, 3, p. 16, note Josse. V. pour de timides utilisations antérieures du procédé, CE 2 juin 1846, Troguin, p. 55; CE 10 mars 1909, Élections de Blaison, p. 262 ; CE 26 janvier 1929, Retailleau, p. 108, *D* 1929, 3, p. 52, note P-L. J. ; et pour des applications ultérieures, CE 10 février 1933, Abbé Lefebvre, p. 180 ; CE 1er avril 1936, Syndicat des épiciers détaillants de Toulon, p. 435 ; CE 19 octobre 1938, Abbé Corbière, p. 772 ; CE 5 novembre 1943, Leneveu, p. 243 ; CE 15 juillet 1958, Ville de Lyon ; CE 3 octobre 1958, Caisse primaire de sécurité sociale de Haguenau, p. 471 ; CE 28 avril 1961, Di Nezza, p. 262 ; CE 13 juillet 1962, Syndicat des taxis gapençais,

règlements²¹⁷ et dans le cas où ils seraient devenus illégaux par suite d'un changement dans les circonstances de fait ou de droit.

Par l'arrêt *Compagnie Alitalia*, à la suite du décret du 28 novembre 1983²¹⁸, le juge a admis que la demande d'abrogation puisse se fonder également sur l'illégalité initiale du règlement en cause. "L'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date"²¹⁹.

Comme le retrait, l'abrogation est soumise à la condition de l'illégalité de l'acte abrogé. Le juge examine ainsi scrupuleusement sa régularité. "Les dispositions sur lesquelles porte la demande instituent une composition différentes des conseils de discipline compétents (...) selon qu'ils ont à connaître de faits reprochés à des hommes ou à des femmes ; une telle discrimination, qui institue

p. 478 ; CE Plén. 10 janvier 1964, *Ministre de l'agriculture c/ Simonnet* ; *RDP* 1964, p. 182, concl. Braibant ; *S* 1964, p. 234, note J.-M. Auby ; *D* 1964, p. 414, note Touscoz ; *JCP* 1964, II, 13574, obs. Blaevoet ; *AJDA* 1964, p. 150, chr. Fourré et Puybasset ; même date, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, p. 19 ; *RDP* 1964, p. 459, concl. Questiaux ; *JCP* 1964, II, 13574, obs. Blaevoet ; *S* 1964, p. 234, note J.-M. Auby ; CE 12 mai 1975, *Leboucher et Tarandon*, p. 246 ; *AJDA* 1977, p. 261, note Ceoara ; *CJEG* 1976, p. 167, note Virole ; CE 29 février 1980 *Union nationale des syndicats départementaux des bouchers et charcutiers CID-UNATI*, p. 594 ; CE Sect. 30 janvier 1981, *Ministre du Travail c/ Société Afrique France Europe transaction*, p. 32, concl. Hagelsteen ; *D* 1981, IR, p. 277, obs. P. Delvolvé ; *D* 1982, p. 37, note J.-M. Auby ; *AJDA* 1981, p. 245, chr. Feffer et Pinault ; CE 17 mars 1982, *Alexandre*, p. 722 ; CE 30 juin 1982, *Association auto-défense*, *RDP* 1983, p. 517 ; CE 26 avril 1985, *Entreprise Maritime Léon Vincent*, p. 125 ; *RA* 1986, p. 45, note Pacteau ; CE 30 janvier 1987, *Gestin*, p. 22.

²¹⁷ V. pour des arrêts ayant timidement accepté la contestation du refus d'abroger des actes non réglementaires, CE 20 juillet 1971, *Mehu*, *AJDA* 1972, p. 251 ; TA Nice 27 avril 1982, *Syndicat intercommunal de la Marana*, *JCP* 1983, 19930, concl. Rouvière ; et pour la transposition de la jurisprudence Despujol (et non *Compagnie Alitalia*) à ces actes, CE Sect. 30 novembre 1990, *Association "Les Verts"*, p. 339 ; *RFDA* 1991, p. 571, concl. Pochard ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. Honorat et Schwartz.

²¹⁸ V. l'article 3 de ce décret selon lequel "l'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, soit que le règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte des circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date".

²¹⁹ CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid Nouraï, notes Dubouis et Beaud ; *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet ; *LPA* 1989, n° 149, note Derouin ; *RTDE* 1989, p. 509, note Vergès. V. pour des refus antérieurs d'admettre l'exception d'illégalité ab initio du règlement, CE 12 février 1954, *Société Roger Grima et Cie*, p. 97 ; CE 16 octobre 1957, *Union foraine jurassienne*, p. 529 ; CE 30 janvier 1981, *Ministre du Travail c/ Société Afrique France Europe Transaction*, préc. ; CE 17 mars 1982, *Alexandre*, préc. ; et pour l'application ultérieure de la jurisprudence *Compagnie Alitalia*, CE 1er mars 1989, *Syndicat CFDT des établissements et arsenaux du Val de Marne*, p. 454 ; CE 26 juin 1989, *Commune de Blanquefort*, p. 557 ; CE 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, *AJDA* 1989, p. 725, note Prétot ; CE 2 mars 1992, *SARL Rabreau*, *JCP* 1992, IV, 1594.

une représentation séparée d'agents du sexe masculin et d'agents du sexe féminin appartenant à une même catégorie de personnels, n'est justifiée ni par les conditions dans lesquelles les uns et les autres exercent leurs fonctions, ni par aucun des autres motifs d'intérêt général sus-évoqués ; dans cette mesure, les dispositions de l'article 7 du décret du 11 mai 1937 modifié et de l'article 6 du décret du 27 octobre 1938, qui sont incompatibles avec le principe constitutionnel de l'égalité des droits accordés aux hommes et aux femmes, sont illégales et l'union professionnelle requérante était fondée à en demander l'abrogation"²²⁰.

La doctrine n'a pas toujours aperçu, au coeur de cette jurisprudence, la mise en oeuvre d'une exception d'illégalité. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt Société Afrique France Europe transaction, Mme Hagelsteen, tout en expliquant que le contrôle du juge porte sur le refus d'abroger dont la légalité est conditionnée par la légalité du texte en cause, distingue-t-elle pourtant la jurisprudence Despujol de l'exception d'illégalité, notamment en ce que l'intérêt à agir serait entendu plus largement dans le cadre de la première²²¹.

La confusion résulte certainement de ce que, le jeu de l'exception d'illégalité étant classiquement réservé aux actes unis par un rapport d'application, hors ce cas, les mécanismes juridiques voisins ne sauraient y être assimilés. Mais c'est confondre cause et conséquence. Seule importe l'existence d'un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique. Or, comme tel est le cas en matière de refus d'abrogation, l'absence de lien d'application est indifférente au caractère opérant de l'exception.

D'autres hypothèses d'exception d'illégalité ne coïncident pas avec la conception traditionnelle du caractère opérant de celle-ci. Il en est ainsi lorsqu'à l'appui du recours exercé contre un acte d'approbation est invoquée l'exception

²²⁰ CE 26 juin 1989, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, préc.

²²¹ V. M-D. Hagelsteen, concl. sur CE 30 janvier 1981, Société Afrique France Europe transaction, préc.

d'illégalité de l'acte approuvé. Ne parvenant pas à identifier un lien d'application entre ces actes, la doctrine s'est une nouvelle fois interrogée. "L'approbation d'un acte n'affecte en rien la nature juridique de l'acte approuvé (...). Pourquoi (...) faire dépendre la légalité de l'acte administratif d'approbation de la validité de l'acte approuvé ?"²²².

La solution s'impose néanmoins dans la mesure où l'acte approuvé et l'acte d'approbation sont unis par un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique. Cela explique que la jurisprudence reconnaisse depuis longtemps l'exception d'illégalité lorsqu'est contestée l'approbation d'un contrat²²³, des statuts d'une personne morale de droit privé²²⁴ ou toute autre approbation²²⁵. Le même raisonnement gouverne la jurisprudence relative aux agréments²²⁶ et aux homologations²²⁷.

Un dernier cas d'exception d'illégalité opérante en dehors de la présence d'un lien d'application entre l'acte qui en fait l'objet et l'acte dont l'annulation est recherchée, concerne la déclaration de nullité de droit des délibérations des collectivités locales dans le droit antérieur aux lois de décentralisation. A l'appui du recours contre le refus préfectoral de déclarer nulle de droit une délibération, le

²²² F. Moderne, note sous CE Sect. 18 octobre 1974, Confédération nationale des auxiliaires médicaux, *D Soc* 1975, p. 325.

²²³ V. CE 1er mars 1912, Commune de Saint Dezery, p. 299 ; CE 7 février 1936, Département de la Creuse, *D* 1937, 3, p. 25, note Blaevoet ; CE Sect. 4 février 1955, Ville de Saverne, p. 73 ; CE 18 octobre 1974, Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux, préc ; CE 19 février 1975, Syndicat des médecins du Rhône, p. 129 ; CE 2 décembre 1983, Confédération des syndicats médicaux français, p. 468 ; CE 31 octobre 1986, Chambre syndicale des pharmaciens de la Loire, p. 250.

²²⁴ V. CE 3 juillet 1914, Société mutuelle de retraites agricoles de la Haute Saône, p. 835 ; CE Sect. 15 juillet 1959, Fédération française de tir, p. 441 ; CE 14 juin 1968, Aulagnier, *AJDA* 1969, p. 58, chr. Savy.

²²⁵ V. CE 22 mars 1918, Berard, p. 305 ; CE 20 mars 1925, Besse, p. 290 ; TA Nice 17 mars 1961, Société des établissements Crovetto, p. 778 ; CE 5 mai 1961, Ville de Lyon, *CJEG* 1961, J, p. 175, concl. Braibant ; CE 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, *D* 1961, p. 663, concl. Kahn ; CE 4 mai 1962, Société Géo, p. 294 ; CE 3 avril 1987, Herrmann, p. 626.

²²⁶ V. par exemple, CE 9 juillet 1943, Michel-Côte, p. 175 ; CE 2 novembre 1988, Labadie, p. 391.

²²⁷ V. CE 20 mai 1955, Benkaci Arezki, p. 268 ; *RJPUF* 1955, p. 612, concl. Mosset ; CE 4 octobre 1967, Blandin et Bucher, p. 348 ; CE 3 octobre 1969, Bertheloot, p. 417 ; CE 8 juillet 1988, Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Centre obstétrico-pédiatrique de Bréquigny, *RDP* 1991, p. 588, n° 91 ; CE 4 octobre 1991, Section régionale "Normandie-Mer du nord" du comité interprofessionnel de conchyliculture, *JCP* 1992, II, 21961, note Icard.

juge administratif a reconnu l'utilité de l'exception d'illégalité de la délibération elle-même²²⁸.

Le lien de nécessité et la continuité juridique qui unissent ces deux actes dictent la solution, alors même que le refus ne peut être qualifié de mesure d'application de la délibération.

Il est à noter que l'existence de la procédure de déclaration de nullité de droit a pendant longtemps justifié le rejet pour irrecevabilité, et non pour inopérance, de l'exception d'illégalité d'une délibération au soutien du recours dirigé contre l'approbation de celle-ci. "Si le requérant estimait que la délibération du 7 août 1927 était illégale, c'est au préfet qu'il aurait dû demander d'en déclarer la nullité de droit par un arrêté motivé ; mais il n'est pas recevable à discuter directement devant le Conseil d'État la régularité de cette délibération au moyen d'un recours dirigé contre l'arrêté qui l'a approuvée"²²⁹. Cette solution fut abandonnée après 1950.

Qu'il soit saisi d'un retrait, d'une abrogation, d'une approbation ou d'une déclaration de nullité de droit, le juge administratif accepte toujours d'examiner l'exception d'illégalité de l'acte visé par ces décisions. Or, si dans toutes ces hypothèses, il existe un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique justifiant le caractère opérant de l'exception d'illégalité, les actes en cause ne sont pas unis par des rapports d'application. Il convient donc de rechercher un éventuel point commun entre ces hypothèses - auxquelles s'ajoute le contentieux de la responsabilité pour illégalité - permettant de proposer une seconde concrétisation du lien rendant opérante l'exception d'illégalité. Nous allons constater qu'un lien de consubstantialité caractérise les rapports entre les actes en cause dans ces hypothèses.

²²⁸ V. CE 13 juillet 1928, *Burgeat*, S 1929, 3, p. 21 ; CE 22 novembre 1944, *Bonnichoi*, D 1945, J, p. 204.

²²⁹ CE 3 novembre 1932, *Provost*, p. 902 . V. également, CE 5 août 1904, *Gilbert*, p. 664 ; CE 29 juillet 1921, *Cointot*, p. 800 ; CE 2 juin 1926, *Blondeau*, p. 549 ; CE 4 juin 1927, *Société pompes funèbres réunies*, p. 661.

2 - L'existence du lien de consubstantialité.

Existe-t-il un trait commun aux rapports unissant les actes en jeu dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité, ou dans les procédures du retrait, de l'abrogation, de l'approbation et de la déclaration de nullité de droit ? Pour répondre à cette interrogation, il convient de les envisager tour à tour.

Lorsqu'à l'appui du recours de plein contentieux dirigé contre une décision de refus de réparer le préjudice né de l'illégalité d'un acte administratif est invoquée, par voie d'exception, cette illégalité, le rapport existant entre les deux actes est très étroit. Le refus d'indemniser est certes distinct de la décision illégale mais il porte uniquement sur les conséquences financières du caractère irrégulier.

Or la faute, qui détermine l'octroi ou non d'une réparation pécuniaire, résulte de l'illégalité elle-même. Il y a une parfaite simultanéité entre ces deux phénomènes juridiques. L'illégalité est donc, par elle-même, constitutive de la faute génératrice de la responsabilité de la puissance publique. Il ne peut y avoir de lien plus intime entre les deux actes en cause puisque, s'ils sont formellement distincts, c'est pour satisfaire à l'obligation contentieuse d'une décision préalable à la saisine du juge. Intellectuellement, illégalité et faute ne font qu'une. Il existe une consubstantialité entre les actes, en ce qu'ils portent sur le même contenu, le même *negotium*.

Ce caractère est également présent dans le cadre du retrait et de l'abrogation. La légalité des décisions de retrait ou d'abrogation étant liée à celle de l'acte retiré ou abrogé, le lien qui les unit est également étroit. L'illégalité de l'acte initial n'est d'ailleurs pas invoquée pour motiver l'annulation d'une décision

d'application mais, au contraire, pour justifier de la légalité de l'acte qui le fait disparaître.

Force est donc de constater que, puisque l'illégalité de l'acte entraîne la légalité de la décision de retrait ou d'abrogation, cette dernière ne peut logiquement se voir qualifiée d'acte d'application. Faisant disparaître, rétroactivement ou pour le futur, l'acte qui en est l'objet, la décision de retrait ou d'abrogation porte sur l'existence même de cet acte.

Le lien qui l'unit à lui est alors définissable, lui aussi, comme un lien de consubstantialité. La disparition ne peut, en effet, s'opérer que si la décision de retrait ou d'abrogation s'identifie à l'acte qui en est l'objet, s'incorpore son contenu, son *negotium*, avant d'en prononcer la suppression.

Le lien de consubstantialité, commun aux rapports entre les actes en jeu dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité et en matière de retrait ou d'abrogation est tout autant déterminant en cas d'homologation, d'agrément ou d'approbation. Si avant d'être soumis à l'autorité étatique, l'acte existe déjà juridiquement, il n'est pas applicable tant qu'il n'a pas été approuvé, homologué ou agréé. Cette dernière opération porte alors uniquement sur l'opposabilité, l'applicabilité du *negotium* contenu dans la décision.

Là encore, le lien est particulièrement intime. Pour être approuvé, et parvenir à l'opposabilité, le *negotium* est incorporé intellectuellement à l'acte d'approbation, d'homologation ou d'agrément, qui s'en distingue, toutefois, formellement.

La démonstration vaut aussi en matière de déclaration de nullité de droit des délibérations dans le droit antérieur aux lois de décentralisation. Un lien de consubstantialité unissait la délibération en cause et l'acte par lequel le préfet en déclarait la nullité de droit.

Une catégorie homogène apparaît ainsi à l'examen des hypothèses dans lesquelles l'exception d'illégalité est opérante malgré l'absence d'un rapport d'application entre les actes. Dans tous les cas l'exception est opérante parce qu'il existe un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique qui se réalise par une consubstantialité.

Ligotée par la conception classique et rigide du caractère opérant de l'exception d'illégalité, la doctrine n'est pas parvenue à intégrer les hypothèses étudiées à la notion d'application. Il convient pourtant de reconnaître leur existence et leur irréductibilité au schéma traditionnel.

L'examen attentif de leur trait commun permet heureusement de les réunir sous un seul concept, cohérent au regard de la condition théorique d'opérance de l'exception d'illégalité, celui de consubstantialité. Outre le lien d'application, le lien de consubstantialité est source du caractère opérant de l'exception d'illégalité des actes administratifs.

Il serait cependant inexact de croire à l'utilité de l'exception d'illégalité d'un acte dès lors que celui dont l'annulation est poursuivie semble lui être consubstantiel.

Le lien de consubstantialité, au sens que nous lui donnons, doit, en effet, satisfaire à la condition théorique du caractère opérant de l'exception. Il doit exister entre les actes un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique.

Il n'en est pas toujours ainsi lorsqu'est attaquée la modification d'un acte antérieur. Le juge refuse d'examiner la légalité des dispositions antérieures modifiées²³⁰. La solution s'impose logiquement : si le bon sens unit la disposition modifiée et la disposition modificatrice par un lien de nécessité, il exclut cependant

²³⁰ V. CE 12 avril 1961, Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble, p. 229 : "l'article 4 du décret du 9 janvier 1960 attaqué par l'Union requérante ne constitue pas une mesure d'application de l'article 18 du décret du 16 septembre 1958, mais une modification dudit décret ; dans ces conditions, la requérante, qui n'a pas contesté la légalité de l'article 18 susmentionné dans le délai du recours contentieux, n'est pas recevable à en invoquer l'illégalité à l'appui de sa requête dirigée contre l'article 4 du décret du 9 janvier 1960" ; CE 10 juin 1967, Société anonyme des établissements Petitjean, *RTDE* 1967, p. 681, concl. Questiaux ; *AJDA* 1967, p. 267, chr. Lecat et Massot.

entre elles une continuité juridique. La modification succède certes à l'acte modifié mais lui substitue un nouveau contenu, par hypothèse différent.

Il n'y aurait, cependant, aucun obstacle à l'admission de l'exception d'illégalité des dispositions non modifiées à l'appui du recours exercé contre la modification. En effet, les dispositions initiales non modifiées, au sein desquelles l'acte modificatif s'intègre, sont unies à lui par un lien de consubstantialité, manifestant un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique.

La doctrine affirme pourtant classiquement que l'exception d'illégalité d'un acte modificatif est inopérante en raison de l'absence de rapport d'application entre les deux actes successifs. "Y a-t-il même une spécificité de l'acte modificatif au regard de la jurisprudence ? L'arrêt Petitjean (...) paraît l'affirmer. Mais en réalité, ne se borne-t-il pas à rappeler que, parce qu'il est modificatif, l'acte attaqué n'est pas pris en application de l'acte initial ? Car là se trouve la *summa divisio* en matière d'exception d'illégalité dirigée contre des actes réglementaires"²³¹.

Envisagée au regard de la conception classique, l'exception ne peut être, en effet, qu'inopérante. Ainsi, ne devrait-il pas être permis "au requérant d'exciper de l'illégalité de la définition de l'infraction (...) lorsqu'il attaque l'acte qui vient de modifier le *quantum* de la peine"²³².

Conscient, cependant, de l'iniquité de la solution, car "refuser d'admettre l'exception d'illégalité à l'encontre d'un décret qui institue une infraction conduirait en effet à juger légale une disposition aggravant la peine alors même que l'institution de cette peine aurait été illégale"²³³, le commissaire du gouvernement Hubert s'est interrogé sur l'opportunité "d'accepter qu'outre les actes dont il est fait application, d'autres actes, dont l'existence ou la légalité sont absolument

²³¹ P. Hubert, concl. sur CE Sect. 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs E. Leclerc, *RFDA* 1992, p. 411.

²³² Ibid.

²³³ C. Maugué et R. Schwartz, chr. sous CE Sect. 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs E. Leclerc, *AJDA* 1992, p. 376.

nécessaires pour que l'acte attaqué ait un sens, puissent faire l'objet d'une exception"²³⁴.

Par là même, il proposait la reconnaissance explicite du caractère opérant de l'exception d'illégalité, en dehors du lien d'application, lorsque les actes sont unis par un lien de consubstantialité.

Cela n'aurait pas constitué une révolution juridique puisque, cela vient d'être constaté, un tel lien est à l'origine de nombre d'exceptions traditionnellement admises. Toutefois, le Conseil d'État, à la suite de son commissaire du gouvernement, s'est finalement borné à aménager sa jurisprudence en la seule matière pénale.

“L'association requérante est recevable au soutien de sa requête dirigée contre le décret attaqué qui modifie les peines contraventionnelles punissant certaines infractions, à exciper de l'illégalité du décret (...) qui définit ces infractions”²³⁵.

Autant est logiquement inopérante l'exception des dispositions modifiées à l'occasion du recours contre l'acte modificatif, autant doit être admise en toute circonstance, et donc non spécialement en matière pénale, l'exception des mesures non modifiées à l'appui du même recours. Ces dispositions sont alors unies par une consubstantialité.

Il est juste de “se demander si à terme le principe de l'absence d'invocabilité de l'exception d'illégalité envers les actes réglementaires qui se trouvent modifiés ne devra pas être revu”²³⁶. La jurisprudence pourrait reconnaître en principe une solution qu'autorise la rigueur juridique.

²³⁴ P. Hubert, concl. préc.

²³⁵ CE Sect. 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs E. Leclerc, préc.

²³⁶ C. Maugué et R. Schwartz, chr. préc.

Au terme de ces développements consacrés au caractère opérant de l'exception d'illégalité d'un acte administratif, la conception classique montre quelques faiblesses. Faute d'une étude théorique des conditions nécessaires à la reconnaissance de l'utilité d'une exception, la doctrine s'est focalisée sur le fondement principal reconnu en jurisprudence, délaissant par embarras, quelques hypothèses irréductibles.

C'est précisément leur existence, révélatrice de l'insuffisance de la notion d'application, qui justifie la recherche d'une définition générale de la condition d'opérance. Il en ressort que doit être considérée comme utile, et donc opérante, toute exception d'illégalité visant un acte nécessaire à celui dont l'annulation est poursuivie et qui s'insère avec ce dernier dans une continuité juridique. Dégagée de caractères parasites, l'antériorité et la supériorité de l'acte visé par l'exception, cette définition a permis de montrer, qu'outre le lien classique d'application, l'idée de consubstantialité était source du caractère opérant.

Une remarque est nécessaire : si la démonstration a été menée par référence au seul cas où l'exception d'illégalité est invoquée par le demandeur, les résultats que nous venons de résumer valent aussi lorsque c'est le défendeur qui l'a soulevée.

La jurisprudence confirme depuis longtemps les conclusions précédentes. Cependant, la distinction entre l'opérance et la recevabilité de l'exception d'illégalité est, aujourd'hui encore, mal maîtrisée.

SECTION II - L'EXAMEN PRIMORDIAL DU CARACTÈRE OPÉRANT.

Bien que visant un acte nécessaire à celui dont l'annulation est poursuivie et uni à ce dernier par une continuité juridique, l'exception d'illégalité peut ne pas être examinée au fond par le juge. En effet, le caractère opérant ne suffit pas à établir la possibilité d'un tel examen. Il faut encore que l'exception d'illégalité soit recevable.

Exiger que ce moyen de légalité soit non seulement opérant, mais aussi recevable peut sembler étrange. Le plus souvent, les problèmes de recevabilité ne concernent que le recours lui-même et les conclusions des parties. Constitutive d'un moyen de droit, l'exception devrait, par ce seul fait, être étudiée sur le fond et rejetée ou admise.

Une semblable présentation serait cependant largement inexacte.

D'une part, l'exception d'illégalité n'est pas un moyen de légalité comme un autre. Mettant en cause la légalité d'un acte-tiers, elle constitue un palliatif à l'absence de recours direct exercé contre lui devant un juge.

Or le souci de stabiliser les situations juridiques et d'assurer la sécurité juridique, a conduit, dès l'origine, à l'établissement de délais de recours, à l'expiration desquels la légalité d'un acte ne devrait plus pouvoir être discutée. Permettant de tourner ces règles de délai, et donc de déroger à l'interdiction de critiquer la légalité d'un acte définitif, l'exception d'illégalité ne saurait échapper elle-même à toute condition de recevabilité, sans vider de leur sens celles posées à l'admission d'un recours direct²³⁷. Comme ce dernier, le moyen constitué par l'exception d'illégalité doit satisfaire à quelques conditions, minimales, de recevabilité.

D'autre part, il est inexact d'affirmer qu'en raison de sa nature de moyen de droit, l'exception devrait être soustraite à de telles règles, lesquelles ne devraient

²³⁷ Certes, nous verrons ultérieurement (v. infra Troisième Partie, Chapitre I, p. 574 et s.) que l'exception d'illégalité, parce qu'elle aboutit à une déclaration d'illégalité et non à une annulation, ne remet pas en cause aussi radicalement l'existence de l'acte qui en est l'objet. Nous constaterons cependant qu'elle se traduit, en fait, par la fin de l'application de cet acte.

viser que le recours principal auquel elle s'adjoit. En effet, il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le juge administratif rejette pour irrecevabilité l'un des moyens invoqués devant lui, manifestant par cela la nécessité de soumettre les moyens de légalité à certaines exigences avant leur examen au fond.

Des illustrations peuvent en être trouvées dans la jurisprudence relative à l'imprécision des moyens²³⁸ ou dans le refus d'examiner des moyens, invoqués hors délai, reposant sur une cause juridique nouvelle²³⁹. De la même manière, le juge rejette comme irrecevables, le moyen tiré de la violation de stipulations contractuelles à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé contre une décision administrative²⁴⁰, les moyens qui n'ont pas été invoqués à l'appui du recours préalable obligatoire ou les moyens, soulevés par un membre d'un organisme collégial à l'appui du recours contre une de ses décisions, et qui ne mettent pas en cause la méconnaissance du statut de celui-ci²⁴¹.

Le terme de recevabilité n'est donc pas inopportun. L'exception d'illégalité, comme tout moyen de droit, doit satisfaire certaines conditions pour être recevable. Sa nature particulière, qui se manifeste par la critique d'un acte-tiers non attaqué par un recours direct, justifierait, par ailleurs, à elle seule, qu'il en soit ainsi.

Il ne suffit donc pas qu'elle soit opérante pour que le juge l'examine au fond. Au préalable, la vérification de sa recevabilité s'impose.

²³⁸ V. notamment, CE 18 novembre 1964, Établissements Omer Decugis, p. 649 ; CE Sect. 7 mars 1969, Ville de Lille, p. 149 ; CE 18 mai 1984, Marcin Kowsky, p. 185.

²³⁹ V. CE Sect. 20 février 1953, Société Intercopie, p. 88 ; S 1953, 3, p. 77, note M.L.

²⁴⁰ V. pour une réaffirmation de la solution à propos d'un contrat de plan, CE Ass. 8 janvier 1988, Communauté urbaine de Strasbourg, p. 2 ; *AJDA* 1988, p. 137, chr. Azibert et de Boisdeffre ; *JCP* 1988, II, 21084, obs. Drago ; *RA* 1988, p. 141, note Terneyre ; *RFDA* 1988, p. 25, note Daël.

²⁴¹ V. CE 30 avril 1926, Suran, p. 439 ; CE 26 octobre 1935, Canot, p. 1135 ; CE Sect. 26 octobre 1956, Demoiselle Cavalier, p. 387 ; *AJDA* 1957, II, p. 29, concl. Long ; CE 30 mai 1977, Carreau, p. 170 ; CE 14 octobre 1977, Boyer, p. 391.

La question n'est pas dépourvue de toutes conséquences contentieuses. Il est, en effet, intéressant de distinguer les moyens inopérants des moyens irrecevables. "Ils ont en commun (...) d'être insusceptibles d'être retenus par le juge, même s'ils sont fondés. Comme celui des moyens irrecevables, le bien-fondé éventuel des moyens inopérants est sans conséquence. L'intérêt de la distinction se manifeste essentiellement dans le fait qu'alors que le juge, rejetant un recours, a l'obligation de faire mention des moyens irrecevables et de les écarter ainsi explicitement, il est dispensé de cette obligation à l'égard des moyens inopérants ; c'est-à-dire qu'il peut les rejeter par prétérition"²⁴².

Outre ses conséquences contentieuses, la distinction de l'opérance et de la recevabilité d'une exception d'illégalité correspond à la nature des questions en cause. Si, par le biais du caractère opérant est reconnue l'influence sur le recours principal de la légalité d'un acte-tiers, les règles de recevabilité visent à encadrer l'examen de cette question. Il serait inutile de vérifier la recevabilité d'une exception d'illégalité alors même qu'elle serait dépourvue de toute conséquence sur le recours soumis au juge.

De la même manière que ce recours a d'abord fait l'objet d'une étude au regard des règles de compétence juridictionnelle avant que sa recevabilité ne soit établie, le caractère opérant de l'exception doit primer, en toute logique, l'examen de la recevabilité de celle-ci. Il serait, en effet, aberrant que l'exception soit examinée au fond, après que sa recevabilité a été établie, mais qu'elle soit in fine, reconnue sans influence sur la solution de l'affaire par le juge. "L'inopérance est plus radicale que l'irrecevabilité"²⁴³.

²⁴² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 703. L'auteur cite à cet égard, CE Sect. 25 mars 1960, Boileau, p. 234 ; *AJDA* 1960, I, p. 96, chr. Combarnous et Galabert ; CE Sect. 10 juillet 1964, Ducret, p. 397 ; CE 28 janvier 1966, Bajon, p. 68 ; CE 7 novembre 1986, Edwige, *QJ* 30 janvier 1988, p. 3, note Moussa.

²⁴³ De la Verpillière, concl. sur CE Sect. 23 décembre 1988, Association de défense de la qualité de la vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches du Rhône, *CJEG* 1989, p. 273 ; v. aussi *D* 1990, SC, p. 13, obs. Bon.

De simples considérations de logique juridique, voire de bon sens, justifient l'examen primordial du caractère opérant de l'exception d'illégalité. Ce n'est qu'après la vérification de celui-ci que le juge, avant d'examiner au fond la question qui lui est ainsi soumise, doit s'intéresser au respect des règles de recevabilité. Malgré une relative incertitude jurisprudentielle et doctrinale, c'est bien dans cet ordre que les problèmes doivent être abordés.

La solution se dégage comme un principe de la jurisprudence. Elle connaît, toutefois, une importante dérogation en matière de contentieux des permis de construire, puisqu'alors l'examen au fond et donc la recevabilité de l'exception du règlement d'urbanisme est admise sans étude préalable de son opérance.

§ 1 - LE PRINCIPE : BIEN QU'OPÉRANTE, L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ PEUT ÊTRE IRRECEVABLE.

Affirmer que malgré la reconnaissance de son caractère opérant, une exception d'illégalité peut être rejetée, sans examen sur le fond, en raison de son irrecevabilité, recouvre deux aspects. D'une part, l'admission du caractère opérant ne présuppose pas celle de la recevabilité. D'autre part, et *a contrario*, le rejet pour irrecevabilité implique la reconnaissance implicite du caractère opérant de l'exception.

A - L'admission du caractère opérant ne préjuge pas de la recevabilité de l'exception.

Opérance et irrecevabilité de l'exception d'illégalité ne se confondent pas. L'autonomie des deux notions contentieuses, qui justifie leur analyse séparée au cours de l'acte juridictionnel, se manifeste tant en théorie qu'en pratique.

1 - Opérance et recevabilité deux appréciations distinctes.

L'exigence du caractère opérant de l'exception d'illégalité répond au souci, de simple bon sens, d'éviter au juge de statuer sur un problème de légalité indifférent à la solution du litige dont il est saisi. Pour schématiser, la question que le juge de l'action, qu'il soit ou non juge de l'exception, se pose lorsqu'il s'attache à déterminer si l'exception est opérante est de savoir s'il y a lieu, pour lui, de trancher le moyen ainsi constitué.

Fort différente est l'appréciation portée sur les conditions de recevabilité. "On appelle conditions de recevabilité, les conditions qui doivent être réunies pour que le juge puisse être saisi du recours et l'examiner au fond"²⁴⁴. Transposé au cas de l'exception d'illégalité, le problème n'est donc plus de savoir si le juge doit statuer sur celle-ci, mais, bien plutôt, de savoir s'il le peut.

En effet, bien qu'utile à la solution du litige dont il est saisi au principal, l'exception peut se heurter aux diverses conditions de recevabilité qui valent tant pour les recours eux-mêmes que pour les moyens qui les assortissent. Ainsi, le chapitre suivant montrera que l'exception d'illégalité, pour être recevable, doit satisfaire à certaines conditions tenant au délai du recours contre l'acte qui en est l'objet, à la nature juridique de cet acte ou encore à la qualité de la partie qui a soulevé ce moyen.

Il apparaît alors que l'appréciation portée par le juge sur le caractère opérant ne préjuge en rien de celle relative à la recevabilité de l'exception. Si, naturellement, le rejet pour défaut de caractère opérant exclut automatiquement une quelconque étude de la recevabilité de l'exception²⁴⁵, son admission ne permet pas de prédire le sort qui lui sera réservé quant à sa recevabilité.

²⁴⁴ A. de Laubadère, J-C. Vénézia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T. I, 12ème éd., LGDJ, 1992, n° 671.

²⁴⁵ Sous réserve de l'hypothèse issue de la jurisprudence Société Gepro, v. infra, § 2, p. 352 et s.

De la même manière que la détermination de la compétence juridictionnelle sur le recours principal et de la recevabilité de celui-ci n'influe aucunement sur l'appréciation du caractère opérant de l'exception d'illégalité, celle-ci ne préjuge pas de la recevabilité du moyen.

Cela ressort nettement de l'analyse que doit mener le juge en la matière. L'opérance se manifeste, nous le savons, par l'existence d'un certain rapport entre l'acte visé par l'exception d'illégalité et celui dont l'annulation est demandée au juge. Le moyen n'est opérant que si le premier est nécessaire au second et s'il s'intègre avec lui au sein d'une continuité juridique. Qu'il se traduise par un lien d'application ou, plus étroitement, par un lien de consubstantialité, le lien source du caractère opérant n'exige aucune autre appréciation.

Il est, de ce fait, manifeste que l'analyse à laquelle procède alors le juge ne détermine en rien celle qu'il va ensuite porter sur la recevabilité de l'exception. L'existence du lien d'opérance ressort, en effet, indépendamment de toute considération relative au délai de recours contre l'acte en cause, à sa nature juridique ou à la qualité de la partie qui a invoqué ce moyen de droit.

L'appréciation de l'opérance s'effectue, en réalité, moins au regard des actes critiqués, pris individuellement, qu'au regard de l'organisation de leurs rapports juridiques. Peu importe ce qu'ils sont matériellement, ce qui compte est de savoir comment la législation ou la réglementation a prévu leur éventuel enchaînement. Le juge détermine ainsi le caractère opérant de l'exception d'illégalité compte tenu du contexte normatif des actes en cause, alors que la vérification de la recevabilité de cette exception passe, elle, nécessairement par un examen individualisé de l'acte qui en fait l'objet dans le cadre d'un litige précis.

L'autonomie de l'appréciation de ces deux questions est, le plus souvent, explicite en jurisprudence.

2 - Les manifestations jurisprudentielles.

Le juge, confronté à l'exception d'illégalité d'un acte administratif procède en deux temps pour déterminer s'il peut l'examiner au fond. Il s'intéresse en premier lieu à son caractère opérant et ensuite, en cas de réponse positive à ce premier examen, à sa recevabilité.

La jurisprudence nous fournit de nombreuses illustrations du rejet d'une exception d'illégalité en raison de son seul caractère opérant, sans que le juge se préoccupe des questions de recevabilité.

L'arrêt Bert, déjà étudié, constate que "si l'arrêté (...) du préfet de l'Hérault en date du 16 décembre 1970, modifiant les limites du lotissement, a un caractère réglementaire, les arrêtés attaqués [créant une zone d'aménagement concerté sur les terrains soustraits au lotissement] n'ont pas été pris pour son application" et que "par suite, les requérants ne peuvent utilement invoquer l'illégalité dont serait entaché le premier, à l'appui de leurs conclusions contre les seconds"²⁴⁶.

De la même façon, un arrêt Canu du 23 mars 1979 affirme que comme "le décret attaqué [du 28 novembre 1978 déclarant d'utilité publique les travaux d'extension de l'aérodrome de Rouen-Boos] n'a pas le caractère d'une mesure d'exécution du schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme de l'agglomération de Rouen-Elboeuf approuvé par décret du 24 mars 1972 (...), le moyen tiré de l'illégalité prétendue de ce décret est, en tout état de cause, inopérant"²⁴⁷.

Saisi de l'exception tirée de l'illégalité de l'ouverture d'un établissement classé à l'occasion du recours dirigé contre le permis de le construire, le juge rappelle que ces actes "ont été accordés en vertu de législations distinctes et suivant des procédures indépendantes et sont sans connexité l'une avec l'autre" pour en conclure "qu'ainsi le moyen tiré de l'irrégularité de l'autorisation

²⁴⁶ CE Sect. 17 octobre 1980, Bert, p. 371, concl. Labetoulle ; *AJDA* 1980, p. 649, chr. Feffer.

²⁴⁷ CE 23 mars 1979, Canu, p. 126 ; *JCP* 1980, II, 19418, obs. Ricard.

d'ouverture à l'appui d'un recours dirigé contre le permis de construire est inopérant²⁴⁸.

La multiplication des citations serait aisée mais inutile tant il ne fait de doute en jurisprudence que le caractère inopérant suffit à écarter l'exception d'illégalité. Cela résulte de l'autonomie d'appréciation de l'opérance et de la recevabilité et confirme que la première prime la seconde.

Cette affirmation est, par ailleurs, corroborée par le fait que le juge ne s'intéresse aux conditions de recevabilité qu'après avoir démontré l'opérance de l'exception.

L'arrêt Société Anonyme des établissements Petitjean est particulièrement éclairant. Le juge y pose en principe que l'examen de la recevabilité de l'exception est subordonné à l'établissement préalable de son caractère opérant. "Si les requérants peuvent invoquer à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative l'illégalité dont serait entaché un règlement devenu définitif faute d'avoir été attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir, un tel moyen ne peut être accueilli que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte"²⁴⁹.

Avant de déterminer s'il peut statuer (au regard du caractère définitif de l'acte visé par l'exception, c'est-à-dire en fonction de la recevabilité de celle-ci quant au délai de recours contentieux), le juge doit déterminer s'il doit statuer (c'est-à-dire établir si la légalité de l'acte est susceptible d'influer sur la solution du litige dont il est saisi).

²⁴⁸ CE 2 octobre 1964, *Ministre de la construction c/ Girard*, p. 442. V. également, CE 1er juillet 1959, *Piard*, p. 413 ; CE 6 juin 1973, *Verne et Beaugier*, p. 402.

²⁴⁹ CE 10 février 1967, *Société anonyme des établissements Petitjean*, *RTDE* 1967, p. 681, concl. Questiaux ; *AJDA* 1967, p. 267, chr. Lecat et Massot. V. également, CE 22 novembre 1984, *Beyssac*, p. 714 ; CE 26 avril 1989, *Lacombe*, *DA* 1989 n° 338.

Un arrêt Société anonyme Couach nous en fournit une dernière illustration. Le Conseil d'État, tout en écartant pour défaut d'opérance une exception d'illégalité, note incidemment, pour interdire toute critique, que de toute façon l'exception n'aurait pas été recevable. "Il est constant que, par décision en date du 29 novembre 1965, le ministre de l'économie et des finances a notifié à la société une décision portant refus de l'agrément demandé ; même si cette décision était entachée d'illégalité, comme le soutient la société requérante, la constatation de cette illégalité n'entraînerait pas nécessairement pour la société le droit à l'octroi de l'agrément demandé ; dès lors, la Société Couach, qui n'a d'ailleurs pas introduit dans le délai légal un recours pour excès de pouvoir contre la décision du ministre, ne peut, en tout état de cause, utilement se prévaloir de la prétendue illégalité de cette décision à l'appui de ses demandes en décharge des contributions auxquelles elle a été assujettie"²⁵⁰.

La recevabilité est, en l'espèce, abordée, mais ce n'est pas en raison d'une éventuelle liaison entre elle et le caractère opérant de l'exception d'illégalité. Elle offre au juge, dans une notion distincte de celle d'opérance, la confirmation d'une solution qu'il craignait de voir critiquée.

Le caractère opérant de l'exception ne préjuge donc pas de sa recevabilité.

Mais l'indépendance de ces notions et leur examen successif, l'opérance primant la recevabilité, a une conséquence particulière de la plus haute importance, qui n'a guère été perçue. Le rejet d'une exception d'illégalité, lorsqu'il intervient pour un motif d'irrecevabilité, doit s'interpréter comme impliquant toutefois, *a contrario*, l'existence entre les actes en cause d'un lien rendant l'exception opérante.

²⁵⁰ CE 5 mai 1971, Société anonyme Couach, p. 327.

B - Le rejet pour irrecevabilité implique l'opérance de l'exception d'illégalité.

Un simple raisonnement logique permet de déduire de l'examen primordial de l'opérance de l'exception d'illégalité que, lorsque le juge rejette une exception en se fondant sur son caractère irrecevable, il reconnaît par là même implicitement qu'elle est opérante.

Les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte administratif seront étudiées en détail au cours du prochain chapitre. Les développements présents, consacrés aux rapports entre les notions d'opérance et de recevabilité, justifient cependant qu'il soit, d'ores et déjà, noté que la principale condition de recevabilité a trait au caractère définitif ou non de l'acte visé par l'exception. En effet, si celle d'un règlement est perpétuelle, celle d'un acte non réglementaire n'est recevable que tant qu'il n'est pas définitif. Cette condition, étant le plus souvent difficile à satisfaire, motive l'immense majorité des rejets pour irrecevabilité. Cela justifie que la jurisprudence que nous allons dorénavant étudier concernera principalement l'irrecevabilité de l'exception des actes non réglementaires définitifs.

Le juge et la doctrine é parfois des difficultés quant à l'organisation des rapports entre l'opérance et la recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte administratif. Si la logique impose que l'irrecevabilité implique l'opérance, cela n'exclut pas quelques approximations en jurisprudence.

1 - Le principe.

De l'examen de la jurisprudence classique relative à la primauté de l'opérance sur la recevabilité, il résulte une conséquence intéressante quant à la présentation de la recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires.

a - La jurisprudence classique.

Lorsque le rejet d'une exception d'illégalité est prononcé en raison de son irrecevabilité, le juge reconnaît par là-même son caractère opérant au regard du litige.

Le plus souvent, l'opérance se déduit simplement du rejet pour irrecevabilité, le juge ne prenant pas la peine de la signaler même incidemment. La solution n'en est pas moins certaine.

C'est ainsi qu'il convient d'interpréter une formule telle que celle de l'arrêt Abadie du 30 novembre 1990 : "l'auteur d'une protestation dirigée contre les opérations électorales en vue de la désignation d'un conseiller général n'est recevable à invoquer à l'appui de cette protestation, l'illégalité de l'acte par lequel il a été procédé à la délimitation de la circonscription cantonale, que si cet acte n'est pas devenu définitif"²⁵¹. Comme "il est difficile, en effet, de nier par principe, toute influence du découpage électoral sur le résultat d'une élection"²⁵², le caractère opérant de l'exception d'illégalité est manifestement admis malgré le rejet de celle-ci pour irrecevabilité.

La même idée ressort de l'arrêt Boissier de 1982 : "à l'appui de ses conclusions dirigées contre la disposition du jugement attaqué qui, statuant sur le procès-verbal de contravention de grande voirie dressé à son encontre le 17 mars 1979, l'a condamné à démolir le ponton qu'il a maintenu sans autorisation sur le chenal maritime du Grau du Roi, le requérant se borne à invoquer des moyens tirés de l'illégalité de la décision par laquelle le chef du service maritime et de navigation du Languedoc Roussillon a refusé de renouveler l'autorisation d'occupation du domaine qui lui avait été accordée (...) ; les moyens tirés de l'illégalité du refus de renouveler l'autorisation domaniale dont bénéficiait monsieur

²⁵¹ CE Sect. 30 novembre 1990, Abadie, *D* 1991, IR, p. 16.

²⁵² E. Honorat, R. Schwartz, chr. sous CE Sect. 30 novembre 1990, Élections cantonales de Chauffailles, *AJDA* 1991, p. 115.

Boissier, présentés après l'expiration du délai du recours contentieux, et alors que le refus de renouveler cette autorisation était devenu définitif, ne sont pas recevables²⁵³. Quoiqu'il n'y ait aucune allusion au caractère opérant de l'exception, la doctrine a pourtant unanimement interprété cet arrêt comme le reconnaissant. C'est une preuve supplémentaire de ce que tout rejet pour irrecevabilité d'une exception d'illégalité signifie, au-delà des termes de l'arrêt, qu'elle est opérante.

Ainsi, lorsqu'est invoquée l'illégalité d'une décision individuelle relative à la situation d'un fonctionnaire à l'appui du recours dirigé contre la liquidation de sa pension²⁵⁴ ou dans le cas de l'exception d'illégalité d'une réquisition au soutien de la contestation du refus de restitution du bien²⁵⁵ ou du refus de mainlevée²⁵⁶.

De la même manière, le caractère opérant de l'exception d'illégalité de l'agrément d'une association communale de chasse est sous-jacent à son rejet pour irrecevabilité dans le cadre de la contestation du refus, par cette association, d'autoriser un particulier à retirer ses terres de son champ d'action²⁵⁷.

C'est tout aussi implicitement mais nécessairement que le caractère opérant est reconnu, dans les hypothèses où c'est un lien de consubstantialité qui le réalise, lorsque le rejet intervient pour irrecevabilité. Cela apparaît dans les arrêts où, en raison du caractère définitif de l'acte individuel exprès à objet purement pécuniaire, le juge rejette le recours²⁵⁸.

Il est inutile de citer d'autres exemples mais fort intéressant de noter que, parfois, le juge, par la formulation qu'il retient pour motiver le rejet pour

²⁵³ CE Sect. 26 juillet 1982, Boissier, p. 302, concl. Dondoux ; *AJDA* 1982, p. 696, chr. Lasserre et Delarue.

²⁵⁴ V. notamment, CE 19 mars 1930, Lentourne, p. 319 ; CE Sect. 4 avril 1930, Lestrade, p. 391 ; CE 12 avril 1930, de Ziemkiewicz, p. 476 ; CE 20 juillet 1936, Bringuier, p. 813 ; CE 11 juillet 1947, Letremble, p. 312.

²⁵⁵ V. CE 7 mai 1954, Renoulet, p. 887.

²⁵⁶ V. CE 13 juillet 1955, Gerbaud, p. 437.

²⁵⁷ V. CE 13 février 1980, Lamarque, p. 77.

²⁵⁸ V. notamment, CE 2 mai 1959, *Ministre des finances c/ Lafon*, p. 282 ; *AJDA* 1960, I, p. 160, chr. Combarrous.

irrecevabilité, affirme nettement qu'il a, auparavant, admis l'opérance de l'exception d'illégalité.

L'arrêt Établissements Etchegoyhen de 1954 est, à cet égard, exemplaire : "il est constant que ces arrêtés n'ont pas été attaqués dans les délais légaux ; la société n'est pas recevable à en contester la légalité à l'appui d'un recours dirigé contre l'état exécutoire qui a été pris pour en assurer l'application"²⁵⁹.

Parfois, sans être aussi clair, le juge ne se contente pas d'énoncer que l'exception n'est pas recevable mais précise qu'elle n'est plus recevable. La nuance peut sembler subtile. Elle est de taille. Car elle signifie qu'à un moment donné, l'exception d'illégalité a été recevable mais qu'un événement lui a fait perdre ce caractère. Cet événement est l'expiration du délai du recours contentieux contre l'acte objet de l'exception. Son caractère définitif n'a pu aucunement influencer sur son lien avec la solution du litige et donc modifier l'opérance de l'exception.

Dire que cette dernière n'est plus recevable, c'est reconnaître qu'en tout état de cause elle est opérante, qu'elle aurait pu être invoquée tant que l'acte n'était pas définitif mais que l'expiration du délai de recours motive son rejet pour irrecevabilité.

La formulation de certains arrêts témoigne de ce raisonnement. "Le sieur Charbonier n'est plus recevable, à l'appui de ses conclusions dirigées contre le refus d'intégration, à invoquer la prétendue illégalité de la décision du 3 février 1951, lui faisant connaître que la condamnation correctionnelle encourue par lui entraînait la perte de son grade de capitaine de réserve, laquelle est devenue définitive"²⁶⁰.

"Un officier qui n'a pas attaqué sa notation dans les délais du recours pour excès de pouvoir n'est plus recevable à en invoquer l'irrégularité à l'appui d'une

²⁵⁹ CE 2 juin 1954, Établissements Etchegoyhen, p. 322.

²⁶⁰ CE 22 mars 1957, Charbonier, p. 192.

requête contre des décrets portant promotion au choix de divers officiers généraux”²⁶¹.

L’arrêt Société anonyme centrale d’affichage et de publicité est particulièrement explicite : “la légalité de cet arrêté [d’inscription à l’inventaire des sites protégés] ne pouvant plus être contestée par un tiers soit par voie d’action, soit, s’agissant d’une décision non réglementaire, par voie d’exception après l’expiration d’un délai de deux mois courant à compter du 18 mars 1971, une société d’affichage n’est pas recevable à se prévaloir de l’illégalité de l’arrêté d’inscription pour demander l’annulation d’une décision préfectorale (...) l’invitant à enlever les panneaux publicitaires installés dans les limites du site inscrit”²⁶².

Le juge lie expressément l’irrecevabilité de l’exception d’illégalité au caractère définitif de l’acte particulier critiqué, tout en notant qu’elle aurait été recevable avant l’expiration du délai de recours. Une fois encore est donc implicitement admis le caractère opérant d’une exception d’illégalité rejetée pour irrecevabilité.

b - La conséquence.

La reconnaissance, sous chaque rejet pour irrecevabilité d’une exception d’illégalité d’un acte non réglementaire définitif, de l’opérance de celle-ci interdit de prétendre que la notion d’opération complexe, qui permet de recevoir une telle exception, serait une catégorie particulière d’opérance.

La doctrine présente, en effet, le plus souvent, cette notion comme établissant le caractère opérant d’une exception d’illégalité. Or, il a été antérieurement démontré²⁶³ que cette opinion, qui résulte de l’association de

²⁶¹ CE 18 mai 1979, Menonville, p. 848. V. dans d’autres situations, CE 24 mars 1971, Dame Fenie, p. 247 ; CE Sect. 20 juillet 1971, Juste, p. 541 ; CE 1er décembre 1982, X, *RJF* 1983, n° 305.

²⁶² CE 14 décembre 1981, Société anonyme centrale d’affichage et de publicité, p. 466.

²⁶³ V. supra, p. 240 et s.

l'exigence d'identité de législation des actes critiqués aux hypothèses d'opération complexe, est inexacte. Tout comme l'identité de législation est une conséquence logique de l'exigence d'une continuité juridique entre les actes, le rejet pour irrecevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire n'exclut pas la distinction qu'il convient d'opérer, même en ce domaine, entre opérance et recevabilité.

En effet, la notion d'opération complexe ne permet pas de déroger aux règles traditionnelles relatives au caractère opérant de l'exception d'illégalité. Comment pourrait-il en être autrement quand les critères traditionnels de l'opération complexe sont, précisément, l'existence d'un lien particulièrement intime entre les deux actes ? La notion d'opération complexe joue uniquement pour justifier qu'il soit dérogé à l'irrecevabilité de principe des actes non réglementaires définitifs. Sa mise en oeuvre doit être réservée au problème de la recevabilité de l'exception au regard du délai de recours.

Cela ressort nettement des arrêts précédemment cités. Pour chacun d'eux, il est apparu que le rejet pour irrecevabilité s'interprète parallèlement comme la reconnaissance de l'opérance de l'exception d'illégalité en cause. Puisqu'il s'agissait toujours d'actes non réglementaires définitifs, cela signifie logiquement qu'à leur égard aussi le caractère opérant résulte de la seule existence d'un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique.

Admettre que l'illégalité d'un acte est influente sur la solution du litige principal est une chose, permettre que l'exception d'illégalité en soit recevable en est une autre. C'est à ce niveau seulement du raisonnement qu'intervient la notion d'opération complexe. Elle doit justifier que, malgré le principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs, il puisse y avoir une remise en cause indirecte de l'un d'eux.

On comprend alors que, précisément, la notion d'opération complexe soit réservée aux hypothèses où le lien unissant les actes est si étroit que, nonobstant

le caractère définitif du premier, sa légalité est une condition absolument indispensable de celle du second.

Si au coeur de la notion d'opération complexe figurent, une fois encore, les rapports entre les actes critiqués, ce n'est pas parce qu'elle joue quant à l'opérance de l'exception d'illégalité, mais plutôt parce qu'eux seuls motivent qu'il soit passé outre au caractère définitif de celui qui en est l'objet.

En d'autres termes, le caractère opérant de l'exception d'illégalité des actes administratifs se définit toujours au regard des deux éléments précédemment déterminés, mais la recevabilité de certains d'entre eux, les actes non réglementaires définitifs, fait également appel à la nature des liens unissant les deux actes en jeu, par le biais du concept d'opération complexe.

Un arrêt reprend cette idée. Il s'agit de l'arrêt Société Angelica Optique Centraix²⁶⁴ relatif à l'exception d'illégalité de l'autorisation d'ouvrir un centre commercial invoquée au soutien du recours contre le permis de construire ce dernier.

“Considérant que la décision de la commission départementale d'urbanisme commercial du 12 mai 1979, a fait l'objet d'une publication régulière ; que le délai de recours contre cette décision était expiré à la date d'introduction des pourvois contre le permis de construire le centre commercial ; que la décision délivrée par la commission départementale d'urbanisme commercial ne forme pas avec ce permis une opération administrative comportant entre ces deux décisions un lien tel que les illégalités dont l'autorisation de la commission départementale serait entachée puissent, malgré le caractère définitif de cette autorisation, être invoquées à l'appui des conclusions dirigées contre le permis de construire”.

La notion d'opération complexe ne joue bien, aux yeux du Conseil d'État, qu'au regard des conditions de recevabilité. Force est cependant de rappeler²⁶⁵

²⁶⁴ CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica Optique Centraix, p. 419, concl. Genevois ; *AJDA* 1983, p. 330, note Bouyssou.

²⁶⁵ V. *supra*, p. 250 et s.

que la solution de cet arrêt est entachée d'une approximation puisque, à la suite de la définition de l'opération complexe donnée par son commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'affaire, le Conseil a rejeté comme irrecevable une exception d'illégalité qui était en fait inopérante.

En effet, en associant à la notion d'opération complexe l'exigence de l'identité des législations, le juge a confondu en un seul raisonnement opérance et recevabilité. Cela illustre le comportement précédemment dénoncé. Cependant, hormis ce point, l'arrêt est particulièrement probant de ce que la notion d'opération complexe ne sert qu'à justifier la dérogation à l'irrecevabilité traditionnelle de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs. Le juge a cru seulement à tort qu'elle justifiait simultanément l'opérance de l'exception.

Une meilleure position des problèmes aurait conduit à un rejet pour inopérance, faute pour l'autorisation d'ouvrir un centre commercial et le permis de construire de relever d'une même continuité juridique, mais elle ne nous aurait pas offert, par ailleurs, une confirmation de notre démonstration. Là est l'ambiguïté de l'arrêt Société Angelica Optique Centraix : il est intrinsèquement contradictoire puisque la notion d'opération complexe y est conçue à tort pour justifier de l'opérance de l'exception d'illégalité mais qu'elle est ensuite justement utilisée à la solution d'un problème de recevabilité..

Un arrêt Sébillote²⁶⁶ nous apporte cependant un heureux soutien. "L'arrêté en date du 31 août 1973, par lequel le ministre de l'agriculture a ouvert un concours sur titres et sur épreuves pour le recrutement d'un professeur d'agronomie et les différents actes intervenus à la suite de cet arrêté, y compris la nomination prononcée au vu des résultats du concours forment ensemble une opération complexe ; par suite, quel que soit le délai qui s'est écoulé entre la date à laquelle l'avis de concours a été publié au journal officiel et celle de la publication

²⁶⁶ CE 7 juillet 1976, Sébillote, p. 348. V. également, CE 30 juin 1989, Ministre de l'industrie, des P et T et du tourisme c/ État de Sarre et autres, *CJEG* 1989, p. 333 concl. Fornacciari, note Hétier ; *RFDA* 1989, p. 857, note Dubouis.

du décret du 23 janvier 1974, portant nomination du sieur Boyeldieu à l'emploi mis au concours, le sieur Sebillote, qui ne saurait d'ailleurs être regardé, du seul fait de sa participation au concours, comme ayant renoncé à toute contestation relative à l'arrêté du 31 août 1973, est recevable à se prévaloir de l'illégalité de cet arrêté à l'appui de ses requêtes tendant à l'annulation des opérations du concours".

Il appert des développements précédents que l'examen primordial du caractère opérant de l'exception d'illégalité a pour première conséquence de permettre d'identifier sous tout rejet pour irrecevabilité une exception opérante.

Il en découle que la notion d'opération complexe ne doit pas être associée à l'opérance de l'exception d'illégalité mais uniquement à sa recevabilité. En effet, l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire est opérante dès lors qu'il est nécessaire à celui attaqué au principal et que tous deux s'inscrivent dans une continuité juridique. L'opérance permet donc qu'il soit excipé normalement de son illégalité tant qu'il n'est pas devenu définitif. Mais ce dernier caractère acquis, seule l'existence, entre les deux actes en cause, d'une opération complexe permet de passer outre à l'irrecevabilité traditionnelle.

Tel est le résultat auquel le raisonnement juridique permet d'aboutir. Si la jurisprudence le reproduit le plus souvent, elle souffre parfois quelques approximations.

2 - Les approximations jurisprudentielles.

Faute d'une identification satisfaisante des problèmes et notamment d'une définition des rapports entre les notions d'opérance et de recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte administratif, le juge commet quelques confusions. Il rejette ainsi une exception en raison de son irrecevabilité alors que son raisonnement a démontré qu'elle est inopérante, ou, inversement, pour inopérance

lorsqu'elle n'est qu'irrecevable. Il lui arrive même d'affirmer que le requérant n'est pas fondé à soulever une exception d'illégalité dont il a démontré le caractère inopérant.

a - Le rejet pour irrecevabilité d'une exception d'illégalité inopérante.

Le juge, tant il règne en la matière une imprécision fâcheuse, commet trois types de confusions.

La plus commune est le rejet pour irrecevabilité d'une exception visant un acte dont la légalité est pourtant sans influence sur le litige. Il suffit d'en donner deux illustrations qui révèlent une insuffisance terminologique.

En premier lieu, en matière de remembrement, le Conseil d'État a considéré que "les vices dont seraient entachées les délibérations ou les décisions de ces commissions communales ou intercommunales sont sans influence sur la légalité des décisions de la commission départementale ; dès lors, c'est à bon droit que le tribunal administratif a jugé que les consorts Delattre-Floury n'étaient pas recevables à invoquer à l'appui de leur demande dirigée contre la décision de la commission départementale, les irrégularités dont seraient entachées soit la constitution même de la commission intercommunale (...) soit la procédure suivie devant cet organisme"²⁶⁷.

En second lieu, en matière d'expropriation pour cause d'insalubrité, le juge a constaté qu'un "arrêté préfectoral déclarant d'utilité publique le projet d'acquisition par une commune de terrains nécessaires à la construction de logements destinés au relogement des habitants d'une cité d'habitation n'est pas une mesure d'application de l'arrêté préfectoral déclarant insalubres et frappant

²⁶⁷ CE Sect. 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, *JCP* 1966, II, 14697, concl. Rigaud ; *AJDA* 1966, p. 40, chr. Puissochet et Lecat.

d'une interdiction totale d'habiter les immeubles de cette cité" mais il en a déduit que "par suite, l'exception d'illégalité de ce dernier arrêté n'est pas recevable à l'appui de conclusions dirigées contre le premier arrêté"²⁶⁸.

Le juge constate parfois et le caractère définitif de l'acte non réglementaire visé par l'exception d'illégalité et l'absence de lien entre lui et le litige, pour finalement rejeter l'exception comme irrecevable.

Ainsi de l'arrêt Fédération nationale des distributeurs de films de 1978 : "la décision attaquée ne saurait être regardée comme une mesure d'application de la décision 56 bis du 24 mars 1971 (...) ; cette décision (...) n'était plus susceptible d'être attaquée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir à la date à laquelle les requérants ont demandé l'annulation de la décision du 9 mars 1976 ; dès lors, ils ne sont pas recevables à se prévaloir de l'illégalité prétendue de celle du 24 mars 1971"²⁶⁹.

Cette confusion s'explique par la conception traditionnelle de l'opération complexe antérieurement critiquée au travers de l'arrêt Société Angelica Optique Centraix²⁷⁰. Elle use de la notion aussi bien pour établir le caractère opérant que la recevabilité de l'exception d'illégalité. Or lorsque le juge constate l'absence totale de lien entre les actes en cause, il devrait se borner à rejeter l'exception pour inopérance sans s'interroger sur sa recevabilité au regard de la notion d'opération complexe.

²⁶⁸ CE 21 février 1986, Vanderschelden, *D* 1987, SC, p. 404, obs. Bon.

²⁶⁹ CE Sect. 22 décembre 1978, Fédération nationale des distributeurs de films, p. 572. V. également, CE 9 février 1934, Mouan et ville de Cannes, p. 199 ; CE 12 avril 1961, Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble, p. 229 ; CE 8 mai 1981, Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du massif central, p. 866.

²⁷⁰ V. CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica Optique Centraix, préc. V. également, CE Ass. 14 février 1975, Époux Merlin, *RDP* 1975, p. 1705, note Waline.

Dans un arrêt de 1987²⁷¹, relatif à la construction de lignes électriques, le Conseil d'État, tout en reprenant le même raisonnement, rejette toutefois l'exception pour inopérance. La solution est satisfaisante, mais la démonstration rien moins que claire.

“Considérant d'une part, que cet acte déclaratif d'utilité publique n'a pas le caractère d'un acte réglementaire dont l'illégalité pourrait être invoquée par voie d'exception après l'expiration des délais du recours contentieux ; considérant d'autre part, que l'autorisation de construire les lignes électriques litigieuses est juridiquement distincte de la décision déclarant d'utilité publique l'établissement de ces lignes ; que, par suite, et alors même que la déclaration d'utilité publique conférait à Électricité de France un titre l'habilitant à demander le permis de construire les supports des lignes électriques en cause, le requérant ne peut se prévaloir utilement à l'encontre de l'arrêté préfectoral attaqué des vices qui, selon lui, auraient entaché cette déclaration d'utilité publique”. Le premier considérant de cet arrêt nuit à la compréhension du fondement exact du rejet prononcé.

Enfin, le rejet pour irrecevabilité est parfois utilisé par le juge pour éviter de trancher un problème d'opérance qu'il juge délicat. Comme il s'autorise à rejeter au fond des requêtes irrecevables, il se permet de rejeter comme irrecevable une exception d'illégalité dont le caractère opérant lui semble incertain.

Dans un arrêt Tissier de 1974, le Conseil d'État a estimé que “faute d'avoir été contesté dans le délai de recours contentieux, le permis de construire dont s'agit est devenu définitif ; le requérant n'est, par suite, pas recevable à invoquer à l'appui de ses conclusions dirigées contre l'arrêté accordant une licence à la demoiselle Gil, un moyen tiré de la prétendue illégalité de ce permis de construire”²⁷². Cependant, en l'espèce, le caractère inopérant était peu douteux.

²⁷¹ CE 29 mai 1987, EDF c/ Comité d'information pour la protection du cadre de vie à Honguemare-Guenouville, *CJEG* 1987, p. 792, note Hétier. V. également, CE 31 octobre 1990, Association Zona, p. 583.

²⁷² CE 30 janvier 1974, Tissier, p. 74 ; *JCP* 1975, II, 18138, obs. Noquet.

L'autorisation d'ouvrir une officine de pharmacie relève d'une législation distincte de celle du permis de construire. Le juge aurait pu rejeter l'exception pour défaut d'opérance, comme il n'hésite pas à le faire pour celle de l'autorisation d'ouvrir un établissement classé à l'appui de la contestation du permis de le construire²⁷³.

b - Le rejet pour inopérance d'une exception d'illégalité irrecevable.

Le second type d'approximations commises par le juge administratif procède de la même confusion entre les notions d'opérance et de recevabilité. Toutefois, c'est alors un rejet pour inopérance qui intervient aux lieux et places d'un rejet pour irrecevabilité.

Fort logiquement, les illustrations en sont moins nombreuses. Le juge préfère, en effet, le concept de recevabilité à celui d'opérance, moins bien identifié, et tend naturellement vers le premier motif de rejet plutôt que vers le second. Une terminologique incertaine est de nouveau à l'origine de ces erreurs.

L'arrêt Société civile immobilière du Marais en fournit un exemple. "L'arrêté du Préfet de Paris du 27 avril 1971 autorisant l'administration des domaines à prendre possession de la parcelle affectée au lycée Victor Hugo, déclarée bien vacant et sans maître, est devenu définitif ; par suite, les moyens tirés de l'illégalité de cet arrêté (...) sont inopérants"²⁷⁴.

²⁷³ V. CE 1er juin 1959, Piard, p. 413 ; CE 2 octobre 1964, Ministre de la construction c/ Girard, p. 442 ; CE 6 juin 1973, Verne et Beaugier, p. 402 ; CE 9 février 1977, Dame Phuez, p. 855.

²⁷⁴ CE 1er avril 1992, Société civile immobilière du Marais, p. 143. V. également, CE 30 octobre 1992, Burguin, DA 1992, n° 546.

c - Le rejet comme infondée d'une exception d'illégalité inopérante.

Enfin, le Conseil d'État rejette parfois l'exception d'illégalité comme non fondée alors qu'il ne l'examine pas au fond et démontre, au contraire, son caractère inopérant. Une nouvelle fois, il y a lieu d'incriminer l'insuffisante rigueur de la distinction des notions en cause.

L'arrêt *Detruiseux* de 1953 en est la preuve : "Le sieur *Detruiseux* n'est pas fondé à invoquer à l'appui de conclusions dirigées contre l'arrêté du 27 août 1948 fixant les nouveaux traitements des fonctionnaires des services extérieurs du travail et de la main d'oeuvre, un moyen tiré de l'illégalité du décret du 6 novembre 1946, portant règlement d'administration publique réorganisant les services extérieurs du ministère du travail dont l'arrêté attaqué ne constitue pas une mesure d'application"²⁷⁵.

Les trois types d'approximations ainsi commises par le juge lorsqu'il tente d'établir le caractère opérant, puis la recevabilité, d'une exception d'illégalité résultent de l'imprécision de ces notions. Or leur distinction n'est pas dépourvue de tout intérêt puisque, outre la dispense de motivation expresse pour rejeter un moyen inopérant, il a été démontré qu'elle permet de mieux comprendre le concept d'opération complexe.

L'exception d'illégalité de tout acte administratif doit, dans un premier temps, être opérante. Il en est ainsi dès lors qu'il s'agit d'un acte nécessaire à celui dont l'annulation est recherchée et qu'ils s'inscrivent dans une continuité juridique. Si tel n'est pas le cas, le rejet doit alors être prononcé, même implicitement, puisque le moyen est inopérant.

A l'inverse, lorsque le lien source de l'opérance est avéré, alors le juge doit, dans un second temps, apprécier la recevabilité de l'exception. En ce qui concerne la condition de recevabilité tenant au délai de recours, l'exception d'illégalité des

²⁷⁵ CE Ass. 26 juin 1953, *Detruiseux*, p. 319.

règlements ne soulève aucune difficulté puisqu'elle est perpétuelle. Pour les actes non réglementaires, il convient de distinguer selon qu'ils sont ou non définitifs.

S'ils ne le sont pas, l'exception est recevable au regard de la condition de délai. S'ils le sont, l'exception est en principe irrecevable. Il n'en va autrement que lorsque le juge qualifie le rapport existant entre les actes critiqués d'opération complexe. Celle-ci marque une liaison particulièrement étroite entre eux. Elle intègre naturellement le lien d'opérance, qui a été établi préalablement, mais est plus exigeante encore car elle doit justifier qu'il soit passé outre au caractère définitif d'un acte non réglementaire.

L'opération complexe est une notion forgée pour déroger à l'irrecevabilité théorique de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs. De ce fait, comme tout rejet pour irrecevabilité, le constat de l'absence d'opération complexe entre deux actes doit s'entendre comme réservant toutefois le caractère opérant de l'exception.

Si le juge ne montre pas toujours la clarté nécessaire dans ses arrêts, c'est en raison, d'une part, de l'absence de distinction de ces questions qui se traduit, d'autre part, par une imprécision terminologique.

Il est cependant une hypothèse dans laquelle, en toute connaissance de cause, il déroge à la primauté de l'opérance sur la recevabilité et reconnaît alors la recevabilité d'une exception d'illégalité qu'il peut, *in fine*, déclarer sans influence sur le litige.

§ 2 - LA DÉROGATION : BIEN QU'INOPÉRANTE, L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ PEUT ÊTRE RECEVABLE.

Au regard des développements antérieurs relatifs tant au lien unissant les actes en cause dans le cadre d'une exception d'illégalité qu'à l'examen primordial de l'opérance de celle-ci, il semble illogique d'admettre la recevabilité d'une exception inopérante. Telle est pourtant la solution consacrée en matière

d'urbanisme lorsqu'à l'appui du recours contre un permis de construire est invoquée l'illégalité du plan d'occupation des sols couvrant le territoire concerné.

Aux termes de l'arrêt Société Gepro, le Conseil d'État, en déniant partiellement le caractère d'acte d'application du plan d'occupation des sols (POS) au permis de construire, a consacré une solution dont les conséquences, en matière d'exception d'illégalité, sont très originales.

Alors même que l'illégalité du plan est reconnue sans influence sur le permis de construire, le juge l'examine par voie d'exception et, le cas échéant, le déclare illégal. Il déroge ainsi à la règle de l'étude primordiale de l'opérance. La solution, contraire à la logique qui sous-tend cette règle, ne peut qu'être critiquée.

A - Présentation de la jurisprudence Société Gepro - Assaupamar.

Le droit de l'urbanisme s'est profondément transformé au cours des dernières années avec l'élaboration de documents de plus en plus nombreux et complexes. Simultanément, la préoccupation des citoyens pour la sauvegarde de leur environnement a provoqué une véritable explosion des recours contentieux en la matière.

Or, les documents d'urbanisme en conformité desquels doivent être délivrées les autorisations individuelles d'utilisation des sols, et dont l'élaboration est, désormais, en grande partie décentralisée, sont rarement exempts de tout vice. Il en est ainsi en raison de l'extrême minutie par laquelle les textes législatifs et réglementaires encadrent tant leurs procédures d'élaboration que leur contenu. Rares sont ces documents qui ne contiennent un quelconque vice de forme ou de procédure susceptible d'en justifier l'annulation entière.

Compte tenu de l'importance de ces actes, de l'extrême lenteur qui préside à leur confection et de la profusion d'autorisations individuelles intervenant sur leur fondement, leur annulation juridictionnelle est un acte grave.

Que faire lorsqu'à sa suite, des requérants demandent l'annulation, notamment, de permis de construire délivrés sur leur fondement ? Deux solutions s'offrent au juge : soit faire jouer mécaniquement la théorie de l'annulation par voie de conséquence, soit, dans le souci de stabiliser les situations juridiques individuelles, dénier toute influence à l'annulation du plan. Cela pose nécessairement le problème des rapports existants entre le plan d'occupation des sols et le permis de construire.

C'est ainsi que le juge, invité à prononcer par voie de conséquence l'annulation de permis de construire, a profondément modifié la conception traditionnelle de ces rapports. Cependant, sa position, transposée au cas de la contestation par voie d'exception de la légalité du plan d'occupation des sols, l'a conduit à remettre en cause le principe de l'examen primordial du caractère opérant de l'exception.

1 - Une nouvelle conception des rapports du plan d'occupation des sols et des autorisations individuelles.

Il a fallu attendre un arrêt du 9 janvier 1981 pour que soient admises explicitement l'opérance et la recevabilité de l'exception du plan d'occupation des sols à l'appui du recours pour excès de pouvoir exercé contre un permis de construire²⁷⁶.

Cette solution fut par la suite réaffirmée dès lors que "les conditions de mise en oeuvre de l'exception d'illégalité se trouvaient réunies : caractère réglementaire

²⁷⁶ V. CE 9 janvier 1981, *Ministre de l'environnement c/ Comité interassociation pour la défense de l'environnement de Nancy*, p. 866 ; *AJDA* 1981, p. 377, note Hostiou ; F. Bouyssou, *Le contrôle juridictionnel des POS par voie d'exception*, *Droit et Ville*, 1981, N°11, p. 145.

du POS (...) décision attaquée prise en application de cet acte réglementaire (...) et sur la base des dispositions précises dont la légalité est critiquée”²⁷⁷. Il était alors possible d’affirmer que, “là où ils existent, les plans d’occupation des sols sont le principal fondement des décisions accordant ou refusant un permis de construire”²⁷⁸.

Mais l’équilibre jurisprudentiel fut bientôt troublé par une critique doctrinale reprise par le juge administratif dans un arrêt Société Gepro. Le permis de construire n’est plus, depuis lors, considéré comme un acte d’application du POS. Cependant, lorsque les illégalités de ce dernier ont rendu possible la délivrance du premier, des rapports déclenchant l’annulation par voie de conséquence sont reconnus.

a - L’absence de lien d’application entre l’autorisation individuelle et le plan d’occupation des sols.

Le professeur Bouyssou a, le premier, remis en cause le lien constaté entre un permis de construire et le plan d’occupation des sols.

Commentant l’arrêt du 9 janvier 1981, cet auteur notait qu’en “cas d’illégalité formelle, tenant par exemple à la procédure d’élaboration du POS, il est évident que tout permis de construire, en n’importe quel point de la commune, a pour base le POS litigieux et que, selon une première approche, son annulation est *ipso facto* encourue”²⁷⁹. Il constatait cependant que “selon une seconde approche, on peut (...) se demander si l’illégalité du POS, dans son ensemble, entraîne nécessairement l’annulation de tous les permis de construire attaqués et délivrés

²⁷⁷ J-P. Gilli, note sous TA Dijon 16 juin 1981, Dame Bonnel, *D* 1982, J, p. 81. Pour des applications, v. CE 18 février 1981, Commune de Châlons sur Marne, p. 866 ; CE 3 avril 1982, Association pour l’aménagement, la défense et l’expansion harmonieuse du site d’Antibes, p. 777 ; CE 21 avril 1982, Société omnium d’entreprise Dusmeny et Chapelle, *AJDA* 1982, p. 665, obs. Bouyssou ; CE 3 novembre 1982, Demoiselle Bonnaire, *LPA* 11 mai 1983, p. 6, note Moderne ; CE 29 avril 1983, Castelnérac, p. 670.

²⁷⁸ D. Labetoulle, *Le permis de construire*, PUF, 1982, p. 45.

²⁷⁹ F. Bouyssou, *Le contrôle juridictionnel des POS par voie d’exception*, art préc.

en vertu de ce plan”²⁸⁰. C’était nier l’existence entre ces actes d’un lien source du caractère opérant de l’exception d’illégalité.

Pour justifier son opinion, le professeur Bouyssou rappelait que “sous réserve d’un texte particulier ou de la réglementation locale, tout terrain est - en principe - constructible et lotissable. Malgré les sollicitations répétées des urbanistes, le droit de construire demeure la règle et l’interdiction l’exception”²⁸¹. Ce ne serait donc pas en vertu du plan d’occupation des sols que sont délivrées les autorisations individuelles d’utilisation des sols mais pour la seule application de l’article L 112-1 du code de l’urbanisme qui, à la suite de l’article 544 du code civil, affirme que “le droit de construire est attaché à la propriété du sol. Il s’exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives à l’utilisation des sols”.

En d’autres termes, “le principe reste en France, le droit de lotir ou de construire. Ce droit n’est pas conféré par un document d’urbanisme, mais au contraire refusé ou aménagé par de simples règles de police contenues dans ce document (...). Le renvoi aux lois et règlements ne touche que l’exercice d’un tel droit, non son attribution”²⁸².

De ce fait, “un permis n’a pas besoin d’un plan d’occupation des sols pour être légal, à moins que, à défaut d’un tel POS, le permis de construire vienne à heurter quelque autre disposition législative ou réglementaire”²⁸³.

La conclusion s’impose alors d’évidence : “si indépendamment du plan d’occupation des sols reconnu illégal, le permis de construire ne viole aucune autre disposition législative ou réglementaire, sa validité ne saurait être contestée”²⁸⁴.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² G. Liet-Vaux, *Des dangers de l’exception d’illégalité ou de l’interdiction de ne rien faire qui ne soit autorisé par la loi*, Mélanges Péquignot, 1984, T. II, p. 435.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid.

L'analyse doctrinale ainsi exposée s'oppose à l'arrêt Comité Interassociation pour l'environnement de Nancy. L'illégalité du plan d'occupation des sols, qu'elle soit constatée au terme d'un recours pour excès de pouvoir ou d'une exception d'illégalité, est, aux yeux de ses auteurs, indifférente à celle du permis de construire car ce dernier n'est pas un acte d'application du plan.

“L'autonomie du permis de construire par rapport à la réglementation d'urbanisme peut surprendre au premier abord. Mais c'est oublier que le permis de construire sanctionne d'autres règles que les règles d'urbanisme : il sanctionne également les dispositions des règlements sanitaires (...) ou les règlements approuvés des lotissements (...) ou les règles de protection des monuments historiques et des sites (...) ou des ouvrages militaires (...) ou les règles relatives aux immeubles de grande hauteur recevant du public (...) ou les servitudes d'utilité publique”²⁸⁵.

La réaction doctrinale à l'admission de la contestation indirecte du plan d'occupation des sols à l'occasion du recours dirigé contre un permis de construire ne tarda pas à susciter un revirement jurisprudentiel.

Un arrêt Colombet du 7 février 1986 confirma la solution de 1981, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Dandelot selon lequel “pour ce qui concerne les décisions individuelles prises au titre du code de l'urbanisme, la solution paraît tout à fait nette : l'illégalité d'un règlement d'urbanisme peut être invoquée par voie d'exception à l'encontre d'une autorisation comme d'un refus”²⁸⁶. Mais, quelques mois plus tard, une affaire Société Gepro fut l'occasion d'un brusque revirement.

Concluant sur l'arrêt, Monsieur Vigouroux fit sienne la critique formulée à l'encontre de la jurisprudence Comité interassociation pour la défense de l'environnement de Nancy. “Le permis de construire n'est pas un de ces “acte-

²⁸⁵ F. Moderne, note sous CE 28 janvier 1987, Comité de défense des espaces verts c/ SA Le Lama, *LPA* 22 avril 1988, p. 15.

²⁸⁶ M. Dandelot, concl. sur CE 7 février 1986, Colombet, *RDP* 1986, p. 1160.

conséquence” qui ne trouvent leur fondement que dans le règlement annulé. Le droit de construire et, avec lui, le permis de construire qui en fixe les modalités, existait avant le plan d’occupation des sols et existera après. La disparition du plan d’occupation des sols ne va pas interdire toute construction dans la commune. Il est parfaitement possible que le permis de construire trouve un fondement légal dans les 27 articles du règlement national d’urbanisme²⁸⁷.

Poursuivant sa démonstration, le commissaire du gouvernement fit remarquer “que dans de nombreux cas, il n’y a aucune raison de faire supporter au bénéficiaire d’un permis de construire contesté dans les délais, les effets automatiques de l’annulation du plan d’occupation des sols” et proposa donc “de constater que le permis accordé possède une certaine autonomie par rapport au plan annulé, autonomie suffisante en tout cas, pour que l’annulation du plan n’entraîne pas automatiquement l’annulation du permis de construire”²⁸⁸.

Désireux de “tirer les conséquences d’une sorte de présomption de légalité du permis, si, du moins, aucune violation du règlement national n’apparaît”, il appela à “reconnaître qu’en l’absence d’interdiction particulière, le principe est le droit de construire”²⁸⁹.

L’appel fut entendu comme cela ressort de l’arrêt Société Gépro et plus encore d’un arrêt légèrement postérieur dans lequel le Conseil d’État a formulé sa position dans un considérant de principe fort clair : “si le permis de construire ne peut être délivré que pour un projet de construction respectant la réglementation d’urbanisme applicable, il ne constitue pas un acte d’application de cette réglementation ; il suit de là que l’annulation d’un plan d’occupation des sols n’entraîne pas de plein droit celle d’un permis de construire délivré sous l’empire de ce plan, à l’exception du cas où cette annulation aurait été prononcée en raison

²⁸⁷ C. Vigouroux, concl. sur CE Sect. 12 décembre 1986, Société Gepro, *AJDA* 1987, p. 275 ; *CJEG* 1987, p. 518.

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Ibid.

de l'illégalité d'une disposition ayant eu pour objet de rendre possible l'octroi du permis litigieux"²⁹⁰.

La jurisprudence Comité interassociation pour l'environnement de Nancy a donc été abandonnée dès 1986. Le juge y a substitué une solution constatant l'antériorité du droit de construire sur l'existence d'un plan d'occupation des sols qui en est, non le fondement, mais l'exécution. Le permis de construire n'en est donc pas lui-même un acte d'application²⁹¹. Il reste cependant subordonné au POS lorsque celui-ci a rendu possible sa délivrance. La nuance mérite quelques développements.

b - L'existence d'un lien d'application entre le plan d'occupation des sols et l'autorisation individuelle rendue possible par ses illégalités.

Tout lien n'est pas coupé entre le permis de construire et le POS d'après l'arrêt Société Gépro. En effet, si en principe le permis n'est pas un acte d'application du plan, les éventuelles illégalités de ce dernier peuvent rejaillir sur lui lorsqu'elles l'ont rendu possible.

²⁹⁰ CE 28 janvier 1987, Comité de défense des espaces verts c/ SA Le Lama, *AJDA* 1987, p. 279, concl. Vigouroux ; *CJEG* 1987, p. 688, note Delpirou ; *LPA* 1988, n° 49, p. 15, note Moderne.

²⁹¹ Pour l'application ultérieure de cette jurisprudence, v., outre CE 28 janvier 1987, Comité de défense des espaces verts c/ SA Le Lama, préc. ; CE 4 novembre 1987, Société Bréguet construction, *RDI* 1988, p. 91 ; CE 4 décembre 1987, SA Europe Maison, *RJE* 1988, p. 177 note Richet et Fabre-Luce ; CE 18 mai 1988, Moreels, *AJDA* 1988, p. 767, obs. J-B. Auby ; CE 28 avril 1989, Association collectif pour sauvegarder les collines de la paix, *DA* 1989, n° 369 ; *GP* 1989, II, Som, p. 484 ; CE 21 juillet 1989, Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c/ Association pour la défense de l'environnement et de la qualité de la vie de Golfe Juan et Vallauris, *DA* 1989, n° 543 ; *CJEG* 1989, p. 407, concl. Frydman ; *AJDA* 1990, p. 69, note J-B. Auby ; TA Nice 4 juillet 1991, Association de sauvegarde du site de Gassin, *LPA* 8 novembre 1991, p. 15, note Lamorlette ; TA Nice 24 octobre 1991, Association les amis de Saint Raphaël et de Fréjus, *DA* 1992, n° 307 ; CE 3 juillet 1992, Commune de Riedisheim, p. 279 ; *JCP* 1992, IV, 2352 ; CAA Bordeaux 25 février 1993, SA Fametal, *DA* 1993, n° 346 ; CE 27 février 1995, Association de défense des quartiers de Fréjus, Fréjus-Plage, Villepey, Saint-Aygulf, *RFDA* 1995, p. 431, n° 40 .

Cela ressort nettement de la solution même de l'arrêt Société Gépro. Un tribunal administratif ayant annulé, par un jugement définitif, un plan d'occupation des sols rendu public, en raison d'une erreur manifeste d'appréciation dans le zonage d'une parcelle, le Conseil d'État, saisi du recours dirigé contre un permis de construire délivré sur cette parcelle, en a déduit que "le permis de construire accordé à la Société Gépro en application de ces dispositions illégales, spécialement édictées pour rendre possible l'opération litigieuse, doit être annulé par voie de conséquence compte tenu de ce lien"²⁹².

Il y a là une nuance, à l'absence de lien d'application entre le plan d'occupation des sols et le permis de construire, qui avait été réservée par la doctrine à l'origine de la jurisprudence Société Gepro.

Ainsi, le professeur Liet-Vaux affirmait-il que "si, indépendamment du plan d'occupation des sols reconnu illégal, le permis de construire ne viole aucune autre disposition législative ou réglementaire, sa validité ne saurait être contestée. Par contre dans la mesure où le permis de construire n'était légal que par la vertu d'une disposition du POS, alors les deux documents sont intimement liés : le permis est bien l'application du POS car il est subordonné à la validité de celui-ci"²⁹³.

"Un permis de construire n'a pas besoin d'un plan d'occupation des sols pour être légal, à moins que, à défaut d'un tel POS, le permis de construire ne vienne à heurter quelque autre disposition législative ou réglementaire"²⁹⁴.

En 1981 déjà, le professeur Gilli, commentant le jugement rendu par le tribunal administratif de Dijon dans l'affaire Dame Bonnel, notait qu'en l'espèce le "lien de dépendance [entre le POS et le permis de construire] était particulièrement

²⁹² CE Sect. 12 décembre 1986, Société Gepro, préc. V. également, CE 4 décembre 1987, SA Europe maison, préc. ; CE 20 juin 1990, Fédération française de golf, *DA* 1990, n° 420 ; CE 19 juin 1991, Époux Johannet, p. 244 ; CE 19 mai 1993, Compagnie générale des eaux, *DA* 1993, n° 370.

²⁹³ G. Liet-Vaux, *Des dangers de l'exception d'illégalité ou de l'interdiction de ne rien faire qui ne soit autorisé par la loi*, Mélanges Péquignot, 1984, T. II, p. 435.

²⁹⁴ Ibid.

caractérisé : la modification du POS avait été effectuée précisément pour permettre l'implantation de cette entreprise"²⁹⁵.

Cette réserve s'explique logiquement et n'est pas contraire à la négation de principe du lien d'application. En effet, le permis de construire n'est pas considéré comme un acte d'application du plan d'occupation des sols, en raison de l'existence d'un droit de construire attaché à la propriété du sol et indépendant de tout document d'urbanisme. La délivrance du permis de construire se fait donc en application de ce droit général mais sous réserve du respect des dispositions composant le règlement national d'urbanisme qui réunit les quelques contraintes jugées indispensables au niveau national. Si, précisément, le permis de construire est contraire au règlement national d'urbanisme et que seule l'existence d'un plan d'occupation des sols l'a rendu possible, il est juridiquement certain qu'il a été délivré en application du plan et l'exception d'illégalité doit alors être admise.

Tel est le raisonnement qui sous-tend la jurisprudence Société Gepro tant dans la dissociation qu'elle opère, en principe, entre le permis et la plan, que dans le rapprochement exceptionnel qu'elle constate entre eux.

Le lien entre le plan et le permis de construire est donc établi, dès lors que le premier a seul permis la délivrance du second. La doctrine et le juge en ont alors déduit qu'une distinction s'imposait entre les éventuelles illégalités entachant le plan d'occupation des sols. Toute illégalité de ce dernier ne saurait être considérée comme ayant permis l'octroi de l'autorisation individuelle d'utilisation du sol. Devraient de ce fait être écartés les vices de légalité externe du plan, puisqu'entachant le plan dans sa totalité, ils ne permettent pas, par eux-mêmes, l'octroi, sur une parcelle déterminée, d'un permis de construire.

La contamination du permis semble a priori limitée aux illégalités internes du plan d'occupation des sols. "La logique même de l'arrêt Gepro nous paraît conduire à une telle gymnastique juridique, dès lors qu'elle fait varier les

²⁹⁵ J.-P. Gilli, note sous TA Dijon, 16 juin 1981, Dame Bonnel, *D* 1982, J, p. 81.

conséquences de la constatation de l'illégalité d'un POS en fonction, précisément, de la nature du vice retenu"²⁹⁶.

L'examen juridictionnel doit donc porter sur la nature du vice affectant le plan d'occupation des sols. Cela ressort de quelques formules jurisprudentielles : "si, par décision du Conseil d'État statuant au contentieux en date du 7 janvier 1987, le plan d'occupation des sols a été annulé, au motif que l'autorité compétente ne pouvait approuver le plan modifié sans que celui-ci ait été soumis à une nouvelle enquête publique, il résulte du dossier que l'irrégularité ainsi commise n'a pas eu pour objet de rendre possible l'octroi des permis"²⁹⁷.

Tels qu'ils ont été définis par l'arrêt Société Gepro, les rapports du permis de construire et du plan d'occupation des sols sont particulièrement originaux. Le premier n'est pas en principe l'application du second, ce qui exclut entre eux le jeu de l'annulation par voie de conséquence et donc aussi, *a fortiori*, celui de l'exception d'illégalité. Toutefois, un lien apparaît dès lors que seules les irrégularités du plan ont eu pour objet de rendre possible la délivrance du permis qui, sinon, aurait été empêchée par les quelques contraintes attachées au droit de construire.

Cette éventuelle liaison justifie alors l'examen de l'exception d'illégalité du plan à l'appui du recours contre le permis de construire, car ce dernier peut être une application des illégalités du plan. Au critère de "l'acte appliqué" est alors substitué celui des "illégalités appliquées".

2 - La transposition au cas de l'exception d'illégalité.

²⁹⁶ P. Frydman, concl. sur CE 21 juillet 1989, *Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c/ Association pour la défense de l'environnement et de la qualité de la vie de Golfe Juan et Vallauris*, *CJEG* 1989, p. 407.

²⁹⁷ CE 27 mai 1991, *Époux Bouquet*, p. 213. V. également, TA Versailles 30 octobre 1987, *Association des amis du vieux Saint Brice*, p. 491.

En niant l'existence d'un rapport d'application entre le permis de construire et le plan d'occupation des sols, la jurisprudence Société Gépro s'opposait en principe à l'admission du caractère opérant de l'exception tirée de l'illégalité du second au soutien du recours contre le premier. La question de sa transposition au cas de l'exception d'illégalité n'aurait pas dû se poser si, cependant, cette même jurisprudence n'avait réservé l'hypothèse dans laquelle des illégalités du plan ont rendu possible la délivrance du permis.

L'apparition en ce cas de rapports entre les actes justifie que le problème de l'exception d'illégalité du POS ait été posé et tranché.

Néanmoins, la transposition de la solution de l'arrêt Société Gépro, conçu pour l'annulation par voie de conséquence, est délicate. Elle conduit à admettre la recevabilité d'une exception d'illégalité alors même qu'elle est inopérante.

a - Une transposition délicate.

La doctrine a cru initialement que la nouvelle organisation des rapports entre le permis de construire et le plan d'occupation des sols ne soulèverait pas plus de difficultés contentieuses dans le cas où l'illégalité du plan est invoquée par voie d'exception que dans celui où son annulation a déjà été prononcée.

Abordant le problème incidemment dans ses conclusions sur l'affaire Société Gepro, M. Vigouroux relevait deux raisons permettant d'étendre à l'exception d'illégalité le raisonnement exposé à propos de l'annulation.

Le premier était le paradoxe qu'il y aurait "à annuler plus systématiquement les permis de construire conformes à un plan illégal lorsque cette illégalité a été constatée par la voie de l'exception que lorsqu'elle a entraîné l'annulation du plan par la voie du recours direct"²⁹⁸.

²⁹⁸ C. Vigouroux, concl. préc.

Le second résultait de la jurisprudence *Ordre des architectes* de 1981 qui aurait rapproché les effets respectifs de l'annulation et de la déclaration d'illégalité.

De la même manière, concluant sur l'affaire *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)* qui devait consacrer expressément cette solution, le commissaire du gouvernement Toutée affirma que "le raisonnement de l'arrêt *Gépro* s'applique en cas d'exception d'illégalité comme en cas d'annulation"²⁹⁹ et s'attacha plutôt à résoudre le problème du droit applicable au permis contesté en cas de déclaration d'illégalité du plan.

Il convenait pourtant de s'interroger sur l'incidence des rapports entre le permis de construire et le plan d'occupation des sols à l'égard du caractère opérant de l'exception d'illégalité du second.

En effet, l'arrêt *Comité des espaces verts* affirmant que "si le permis de construire ne peut être délivré que pour un projet de construction respectant la réglementation d'urbanisme applicable, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation"³⁰⁰, la question du caractère opérant de cette exception se posait évidemment. Le strict respect de la conception classique, et même de la définition antérieurement donnée du lien source de l'opérance, devait conduire à rejeter l'exception comme étant inopérante.

Inversement, la jurisprudence *Société Gépro* admettant que lorsque seules les dispositions du plan d'occupation des sols ont permis la délivrance du permis de construire, une annulation par voie de conséquence soit prononcée, le débat ne pouvait être clos aussi rapidement. En effet, la réserve marque l'existence, exceptionnelle, d'une liaison entre les actes en cause.

²⁹⁹ H. Toutée, concl. sur CE Sect. 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*, *RFDA* 1991, p. 149.

³⁰⁰ CE 28 janvier 1987, *Comité de défense des espaces verts c/ SA Le Lama*, *AJDA* 1987, p. 279, concl. Vigouroux ; *CJEG* 1987, p. 688, note Delpirou ; *LPA* 1988, n° 49, p. 15 note Moderne.

Elle n'autorise pas, cependant, à admettre sans nuance la transposition de la solution Société Gépro au cas où l'illégalité du plan d'occupation des sols est invoquée par voie d'exception. Deux difficultés sont à surmonter.

La dérogation à l'absence de lien entre les actes critiqués ne joue que lorsque le plan d'occupation des sols a rendu possible la délivrance du permis de construire. Or, depuis les conclusions de M. Labetoulle sur l'arrêt Bert³⁰¹, il est établi que le juge se refuse à admettre le caractère opérant de l'exception d'illégalité d'un acte qui a rendu possible celui dont l'annulation est recherchée, dès lors que ce dernier n'en est pas un acte d'application.

La jurisprudence Société Gépro s'oppose pour le moins à la mise en oeuvre de l'exception d'illégalité du plan d'occupation des sols puisqu'elle dénie au permis de construire la qualité d'acte d'application de ce plan et qu'elle identifie comme seul lien (encore n'est-il qu'exceptionnel) entre eux que le cas où le plan seul rend possible l'octroi du permis.

Au regard de la conception classique, l'exception d'illégalité aurait dû être rejetée pour inopérance. Ce point n'a toutefois été étudié ni par les commissaires du gouvernement ni par la doctrine. Seul le professeur Chapus remarque dans son ouvrage qu'il "n'est peut être pas impossible de relier cette solution à la jurisprudence traditionnelle, car on ne force guère la réalité en estimant qu'une décision qui procède d'une disposition qui a pour objet d'en permettre l'édiction est une mesure d'application de cette disposition. La solution en cause serait alors une contribution à une façon restrictive de concevoir ce qu'est l'acte d'application d'un règlement"³⁰².

Force est de constater, en revanche, que cette solution confirme l'opinion formulée antérieurement selon laquelle l'exception d'illégalité doit être admise dès

³⁰¹ V. CE Sect. 17 octobre 1980, Bert, p. 370, concl. Labetoulle ; *AJDA* 1980, chr. Feffer et Pinault. V. supra, p. 250 et s.

³⁰² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 589-2.

lors que l'acte visé est nécessaire à celui dont le requérant poursuit l'annulation et que tous deux s'inscrivent dans une continuité juridique. Tel est bien le cas lorsque le premier rend possible le second et qu'ils forment une continuité juridique. Il est alors logique de souscrire à l'affirmation du professeur Chapus pour lequel il s'agit en réalité d'une hypothèse particulière de rapport d'application.

La jurisprudence Société Gépro était certes transposable au cas de l'exception d'illégalité, non pas au regard de la conception classique qui s'y opposait fermement, mais seulement par l'acceptation de la définition proposée du lien d'opérance.

Toute difficulté de transposition n'est cependant pas écartée. Nous avons vu, en effet, que le cas où le permis de construire a été rendu possible par le seul plan d'occupation des sols a été entendu comme visant certains types d'illégalités du plan. Un vice de forme, entachant le plan dans son ensemble, et non uniquement la disposition ayant autorisé la délivrance du permis, ne saurait être considéré comme influant sur la légalité de celui-ci. La jurisprudence Société Gépro, qui, rappelons-le, vise à limiter les effets destructeurs de l'annulation d'un plan d'occupation des sols, n'admet donc l'existence d'un lien entre ces actes que dans des circonstances très exceptionnelles. Le plus souvent, ce lien n'existe que lorsque le zonage du plan a été manifestement et illégalement fait pour permettre, sur une parcelle déterminée, l'octroi du permis de construire contesté.

Se pose alors une délicate question : comment autoriser le contrôle par voie d'exception de la légalité du POS lorsque seules certaines illégalités de ce dernier seront susceptibles d'entraîner l'annulation du permis de construire? En d'autres termes, en admettant que, lorsque seul le plan a rendu possible le permis, l'exception d'illégalité soit à titre exceptionnel examinée, que se passe-t-il si, *in fine*, le juge constate que le vice du plan n'a eu aucune influence sur la délivrance du permis ? Accepter dans une telle situation l'examen de l'exception d'illégalité,

conduit à reconnaître qu'elle peut être fondée, et donc recevable, bien qu'inopérante.

Ce second écueil n'a, pas plus que le précédent, suscité l'intérêt de la doctrine. Il est pourtant inhérent à la nature des rapports entre le permis de construire et le plan d'occupation des sols, tels qu'ils ont été définis par l'arrêt Société Gépro. Substituer au critère de "l'acte appliqué" celui des "illégalités appliquées" contraint à faire primer l'examen au fond de l'exception d'illégalité du plan sur celui de son opérance puisque, précisément, cette dernière variera en fonction des illégalités du plan.

La transposition de la solution née en cas d'annulation par voie de conséquence n'était donc pas aisée. Car si en ce cas, les illégalités sont, par hypothèse, connues et autorisent qu'il soit trié en leur sein pour déterminer celles qui ont rendu possible la délivrance du permis, il en va autrement lorsque, en cas d'exception d'illégalité, ces illégalités ne sont pas connues du juge du permis de construire. Cette différence fondamentale aurait suffi à écarter l'application de la jurisprudence Société Gépro au cas de l'exception d'illégalité.

Tel n'a pas été le choix du Conseil d'État.

b - La jurisprudence Assaupamar, dérogation au caractère primordial de l'opérance de l'exception d'illégalité.

Dés 1988³⁰³, le Conseil d'État a transposé au cas où l'illégalité du plan d'occupation des sols est contestée par voie d'exception, la jurisprudence Société Gépro.

Constatant qu'un POS doit être compatible avec les dispositions du schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme (SDAU) et qu'en l'espèce, le plan critiqué par voie d'exception était contraire au SDAU de l'arrondissement de Lille, il en a

³⁰³ CE 18 mai 1988, Moreels, *AJDA* 1988, p. 767, obs. J-B. Auby.

conclu que “le permis de construire (...) ne saurait trouver de fondement légal dans les dispositions de ce plan” avant de l’annuler non en raison de l’illégalité dudit POS, mais en raison de sa propre contrariété au SDAU.

Ce faisant, le juge a respecté la jurisprudence Société Gépro : le plan n’ayant pas, par lui-même, rendu possible la délivrance du permis litigieux, sa déclaration d’illégalité est sans influence sur la solution de l’affaire. L’exception d’illégalité a été reconnue recevable et même fondée mais, finalement, sans influence sur la solution de l’affaire, le permis n’étant pas, en l’espèce, lié au plan.

C’est surtout un arrêt Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais qui a retenu l’attention, en raison de la publication des très éclairantes conclusions du commissaire du gouvernement Toutée et de sa formulation sous forme de principe.

L’arrêt traduit en matière d’exception d’illégalité, la jurisprudence Société Gépro en tenant compte de l’originalité des rapports qu’elle a déterminés entre les actes en cause.

“Si l’autorisation de créer un lotissement ne peut, en vertu de l’article R 315-28 du code de l’urbanisme, être délivrée que pour un projet qui respecte la réglementation d’urbanisme en vigueur, elle ne constitue pas un acte d’application de cette réglementation ; il suit de là que la constatation par le juge de l’illégalité d’un plan d’occupation des sols n’entraîne pas de plein droit celle d’une autorisation de lotir qui a été délivrée sous l’empire de ce plan, à l’exception du cas où cette illégalité affecte une disposition ayant pour objet de rendre possible l’octroi de l’autorisation ; tel n’étant pas le cas en l’espèce, l’association requérante n’est pas fondée à soutenir que l’illégalité du plan d’occupation des sols révisé approuvé le 11 octobre 1984 entacherait d’excès de pouvoir l’autorisation de lotir délivrée le 18 septembre 1986 ; lorsque l’illégalité d’un plan d’occupation des sols n’entraîne pas, par elle-même, l’annulation de l’autorisation de lotir, il appartient au juge, s’il est saisi de moyens en ce sens par la partie qui critique l’autorisation, de

rechercher si le projet de lotissement autorisé est ou non compatible avec les dispositions d'urbanisme applicables et notamment celles qui sont redevenues applicables à la suite de la déclaration d'illégalité du plan³⁰⁴.

Il convient d'ignorer momentanément les développements relatifs à la détermination du droit au regard duquel la légalité du permis de construire doit s'apprécier, qui seront étudiés ultérieurement³⁰⁵.

Relativement à l'admission elle-même de l'exception d'illégalité, le juge, après avoir rappelé qu'en principe une autorisation de lotir n'est pas un acte d'application du POS, en déduit que sa déclaration d'illégalité ne peut entraîner l'annulation de l'acte individuel. Il réserve, cependant, l'hypothèse où c'est une disposition illégale du POS qui a rendu possible la délivrance de l'autorisation. Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il rejette l'exception, après l'avoir examinée au fond et reconnu l'illégalité du plan, et s'interroge alors sur le droit auquel l'autorisation de lotir doit être confrontée.

Le raisonnement est conforme à la jurisprudence Société Gépro : ce n'est qu'après avoir examiné au fond les éventuelles illégalités du plan d'occupation des sols que le juge peut trancher la question de l'incidence de celles-ci sur l'acte individuel délivré sous l'empire du plan. Si ces illégalités sont sans influence, la déclaration d'illégalité à laquelle il est pourtant conduit, reste sans conséquence et la contestation de l'acte individuel doit alors s'orienter vers d'autres normes.

L'exception d'illégalité du POS, soulevée à l'appui du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une autorisation d'utilisation des sols, connaît un régime original, à l'image des rapports entre ces actes. L'un et l'autre n'étant unis qu'exceptionnellement, le juge est contraint, pour répondre au moyen, de

³⁰⁴ CE Sect. 8 juin 1990, Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais, p. 148 ; *RFDA* 1991, p. 149, concl. Toutée ; *AJDA* 1990, p. 701, chr. Honorat et Schwartz ; *LPA* 9 janvier 1991, note Pacteau ; *JCP N* 1992, II, p. 318, note Montredon.

³⁰⁵ V. infra, Troisième Partie, Chapitre I, p. 574 et s.

s'interroger sur les vices du plan afin de déterminer s'ils sont déterminants de la légalité de l'acte individuel. Il accepte ainsi de faire primer la recevabilité de l'exception sur son caractère opérant. Lorsque les illégalités constatées sont réellement sans influence sur l'acte contesté, la déclaration d'illégalité qu'il prononce concerne une exception d'illégalité inopérante.

Il y a là, assurément, une situation étonnante au regard du régime classique de l'exception d'illégalité. Elle semble en fait reposer sur un fondement critiquable..

B - Critique de la jurisprudence Société Gépro-Assaupamar.

Le professeur Hostiou, qui a contribué indirectement à promouvoir le raisonnement à l'origine de la jurisprudence Société Gépro, reconnaissait lui-même, en commentant l'arrêt Comité interassociation pour l'environnement de Nancy, que l'on "doit toutefois admettre que la solution retenue - la plus simple - est la seule satisfaisante"³⁰⁶.

Que penser alors du constat du commissaire du gouvernement Frydman selon lequel la "jurisprudence Gépro apparaît comme une simple jurisprudence d'opportunité, dépourvue de réel fondement juridique"³⁰⁷ ?

L'abandon d'une jurisprudence simple et satisfaisante au profit d'un autre ambiguë et contraire aux règles classiques de l'exception d'illégalité surprend. L'impression se renforce à l'examen critique des positions prises par le Conseil d'État tant à l'égard du lien unissant le plan d'occupation des sols au permis de construire que relativement au régime de l'exception d'illégalité du premier à l'appui de la contestation du second.

³⁰⁶ R. Hostiou, note sous CE 9 janvier 1981, Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ Comité interassociation pour l'environnement de Nancy, *AJDA* 1981, p. 377.

³⁰⁷ P. Frydman, concl. sur CE 21 juillet 1989, Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c/ association pour la défense de l'environnement et de la qualité de la vie de Golfe-Juan et Vallauris, *CJEG* 1989, p. 407.

1 - Une solution non satisfaisante quant au lien entre l'autorisation individuelle et le plan d'occupation des sols.

L'étude attentive de la jurisprudence Société Gépro - Assaupamar permet de relever plusieurs contradictions tant en son sein que dans son analyse doctrinale. Il semble, en réalité, que le postulat sur lequel elle repose soit insatisfaisant. Le permis de construire est un acte d'application du plan d'occupation des sols.

a - Des contradictions multiples.

Il est inutile de rappeler ici la formule de l'arrêt Comité de défense des espaces verts selon laquelle le permis de construire n'est pas un acte d'application du plan d'occupation des sols. Force est de constater, cependant, que, même dans l'esprit de ses zélateurs, la rupture entre les deux actes n'est pas si claire. Certaines démonstrations traduisent la difficulté qu'il y a à nier l'existence d'un lien entre eux.

Si dans ses conclusions sur l'arrêt précité, M. Vigouroux estimait "que le permis de construire n'est pas un de ces actes-conséquence qui ne trouvent leur fondement que dans le plan annulé"³⁰⁸, quelques années plus tard, M. Frydman, tout en marquant son attachement au principe de non-application du POS par le permis de construire, reconnaissait pourtant "qu'il s'agit ici, à l'occasion de l'examen d'un acte-conséquence (le permis de construire) de retenir une illégalité de fond à l'encontre d'un acte-source (le plan d'occupation des sols)"³⁰⁹.

A la contradiction entre auteurs s'ajoute l'ambiguïté du raisonnement de l'un d'entre eux. Comment prétendre que l'acte-source ne suppose pas son application

³⁰⁸ C. Vigouroux, concl. sur CE 28 janvier 1987, Comité de défense des espaces verts c/ SA Le Lama, *AJDA* 1987, p. 279.

³⁰⁹ P. Frydman, concl. préc.

par l'acte-conséquence ? Il y a là une première incertitude qui trahit la difficulté à nier toute relation entre le plan et le permis de construire.

Par ailleurs, le juge lui-même n'a pas toujours respecté la position prise en 1986. Le Conseil d'État a ainsi affirmé dans un arrêt de 1991: "l'article UR 15 du plan d'occupation des sols de la ville de Paris, qui autorise sans limitation, un dépassement du coefficient d'occupation des sols, notamment pour des raisons d'architecture ou d'urbanisme, et en particulier pour les parcelles situées aux angles des voies ainsi que celles dont la profondeur est inférieure à 30 mètres, est, de ce fait, entaché d'illégalité ; par voie de conséquence, la décision du 14 janvier 1986, par laquelle le maire de Paris a accordé, en application de cet article UR 15, le permis de construire litigieux est elle-même entachée d'excès de pouvoir"³¹⁰.

Enfin, l'arrêt Société Gépro admet une nuance à sa position de principe, lorsque le plan d'occupation des sols a rendu possible l'octroi du permis de construire. Comme le reconnaît lui-même le commissaire du gouvernement Frydman, "en retenant un prétendu lien d'indissociabilité entre POS et permis, elle est, en effet, rigoureusement contraire à la règle selon laquelle le permis de construire n'est pas un acte d'application du plan"³¹¹.

Cette réserve suffit, à elle seule, à interdire d'affirmer péremptoirement que le permis n'est pas un acte d'application du plan, puisqu'il peut en être un.

Certaines formules jurisprudentielles traduisent cette nouvelle ambiguïté. "Il suit de là que le permis de construire accordé le 13 décembre 1983 à la société, lequel était fondé sur ces dispositions illégales, spécialement établies pour rendre

³¹⁰ CE 2 décembre 1991, Souille, *DA* 1992, n° 58 ; RFDA 1992, p. 1041, concl. Abraham. V. également, TA Versailles 22 juin 1993, Sourine, *DA* 1993, n° 535.

³¹¹ P. Frydman, concl. préc.

possible un usage du terrain non conforme aux prescriptions du schéma directeur, doit être annulé par voie de conséquence³¹².

La jurisprudence et la doctrine ont analysé cette nuance comme faisant dépendre l'influence de la légalité du POS sur celle du permis de construire, de la nature des vices entachant le premier. Toute illégalité du plan ne rendrait pas possible le permis.

Il conviendrait donc de réserver l'annulation par voie de conséquence ou le jeu de l'exception d'illégalité à certains vices du plan seulement. Là encore, la jurisprudence n'est pas assurée car, si un arrêt Époux Bouquet, déjà cité, affirme bien que l'illégalité reconnue du POS n'a pas de conséquence sur le permis de construire car "l'irrégularité ainsi commise n'a pas eu pour objet de rendre possible l'octroi du permis"³¹³, la formule traditionnelle est fort différente. Le juge y réserve seulement le cas où ce sont les dispositions illégales du plan, quels que soient leurs vices, qui ont rendu possible le permis.

Il semble que cette dernière position doit l'emporter. En effet, en soi une illégalité ne saurait rendre possible la délivrance d'un acte individuel. Un détournement de pouvoir, une erreur manifeste d'appréciation sont sans portée détachés de la disposition qu'ils entachent. Seule celle-ci, parce qu'elle a un contenu normatif, peut autoriser certains actes sur son fondement. Ce n'est donc pas au regard de la nature des illégalités du POS que doit s'apprécier la situation du permis de construire mais au regard des dispositions de celui-ci. Tel était d'ailleurs, le raisonnement des précurseurs de l'arrêt Société Gépro.

"Dans la mesure où le permis de construire n'était légal que par la vertu d'une disposition du POS, alors les deux documents sont intimement liés : le

³¹² CE 4 décembre 1987, SA Europe Maison, p. 1018 ; *RJE* 1988, p. 177, chr. Richet et Fabre-Luce. V. également CE 19 mai 1993, Compagnie générale des eaux, *DA* 1993, n° 370.

³¹³ CE 27 mai 1991, Époux Bouquet, p. 213. V. également, TA Versailles 30 octobre 1987, Association des amis du vieux Saint Brice, p. 491.

permis est bien l'application du POS car il est subordonné à la validité de celui-ci³¹⁴.

Meilleure, cette position remet néanmoins en cause l'affirmation selon laquelle le permis de construire n'est pas un acte d'application du plan d'occupation des sols.

La contradiction paraît devoir être résolue en faveur de l'exception. Le permis de construire est un acte d'application du plan.

b - L'autorisation individuelle, acte d'application du plan d'occupation des sols.

La jurisprudence Société Gépro reconnaît l'existence d'un lien d'application entre le plan d'occupation des sols et le permis de construire, lorsque le premier a eu pour objet de rendre possible le second, et dans ce cas seulement. Une telle situation est autorisée par le fait que le POS peut déroger aux règles générales d'urbanisme et, de ce fait, permettre la délivrance d'une autorisation qui, sans lui, aurait été contraire à ces règles. En ce cas, il est manifeste que le permis de construire est bien octroyé en application du plan.

La jurisprudence Société Gépro n'est, jusque là, qu'une stricte application de la jurisprudence classique. Le permis de construire est bien une mesure d'application du plan et sa légalité est subordonnée à celle de ce dernier.

Il semble alors logique de réserver le jeu de l'exception d'illégalité à cette hypothèse et de l'exclure lorsque le permis aurait été possible même en l'absence du plan d'occupation des sols, car, en ce cas, il n'en est pas une application.

³¹⁴ G. Liet-Vaux, *Des dangers de l'exception d'illégalité ou de l'interdiction de ne rien faire qui ne soit autorisé par la loi*, Mélanges Péquignot, 1984, T. II, p. 435.

Cependant, l'assimilation de la jurisprudence Société Gépro au schéma classique emporte une conséquence importante : dès lors que la disposition qui a rendu possible le permis de construire est illégale, son illégalité contamine nécessairement ce dernier.

Cela a été montré, l'illégalité elle-même n'autorise pas la délivrance du permis. Seule la disposition qu'elle entache produit cet effet. Il n'y a en conséquence aucune raison de distinguer selon les vices en cause. Quelle que soit l'illégalité viciant la disposition litigieuse, et même si cette illégalité touche le plan dans son intégralité s'il s'agit d'un vice externe, elle doit rejaillir sur le permis de construire qui a son origine dans cette disposition.

L'application aux rapports du permis de construire et du plan d'occupation des sols, tels qu'ils sont définis par la jurisprudence Société Gépro, des principes classiques du jeu de l'exception d'illégalité exclut donc qu'au cas où le plan est entaché d'un certain vice, sa déclaration d'illégalité reste sans conséquence sur le permis.

La jurisprudence Société Gépro, et sa transposition au cas de l'exception d'illégalité par l'arrêt Assaupamar, n'est pas satisfaisante juridiquement. Elle est, comme l'affirmait M. Frydman "une simple jurisprudence d'opportunité, dépourvue de réel fondement juridique"³¹⁵.

Le motif de la restriction des liens entre le permis de construire et le plan d'occupation des sols était, en effet, de limiter les effets destructeurs de l'illégalité du second, pour éviter une insécurité juridique, jugée dramatique en matière d'urbanisme. Mais une telle restriction aurait été dépourvue de toute portée si, par ailleurs, tout vice de procédure ou de forme avait continué à pouvoir contaminer le permis de construire rendu possible par des dispositions du plan. Il était donc indispensable de limiter ce lien à certaines illégalités, de préférence internes, du plan. C'est ainsi qu'a été comprise et appliquée la jurisprudence Société Gépro.

³¹⁵ P. Frydman, concl. préc.

A s'en tenir à sa formulation, rien ne permet pourtant de prétendre qu'elle déroge à la jurisprudence classique. Tout juste marque-t-elle la volonté du juge administratif de revenir sur une solution antérieure fragilisant par trop les autorisations d'utilisation des sols. Ce n'est que par la suite, lorsque l'insuffisance de cette construction est apparue, que le glissement s'est opéré vers une distinction selon les vices du plan, seul moyen de limiter effectivement les conséquences indirectes de son illégalité. Ce glissement n'était, *a priori*, pas autorisé par la jurisprudence Société Gépro et reste contraire aux règles de base de l'exception d'illégalité.

Si donc, elle est moins novatrice qu'il n'y paraît, ayant simplement connu un infléchissement ultérieur pragmatique et volontaire, et si, de ce fait, elle reste, dans sa lettre du moins, une application parmi d'autres de la jurisprudence traditionnelle, il semble possible d'aller plus loin et d'affirmer que la restriction à laquelle elle procède est purement opportuniste. Le permis de construire est véritablement un acte d'application du plan d'occupation des sols.

L'idée qui fonde la jurisprudence Société Gépro est qu'en dehors de tout plan d'occupation des sols, un permis de construire peut être délivré par simple application du droit général de construire. Les promoteurs de cette conception en ont conclu à l'absence d'influence du POS sur le permis de construire, hormis le cas où, précisément, sans le plan, ce dernier ne pourrait exister.

Cette construction doctrinale est sujette à discussion. A-t-il été déjà raisonnablement prétendu qu'en raison de sa base constitutionnelle, la liberté d'aller et venir rendait vaine toutes les dispositions du code de la route ? La comparaison n'est pas absurde tant, dans les deux cas, la préexistence de l'affirmation d'un droit ne dispense pas de respecter, et donc d'appliquer, les textes qui en organisent l'exercice.

Le professeur Liet-Vaux ne constatait-il pas d'ailleurs lui-même que “le principe reste en France le droit de lotir ou de construire. Ce droit n'est pas conféré par un document d'urbanisme, mais au contraire refusé ou aménagé par de simples règles de police contenues dans ce document (...). Le renvoi aux lois et règlements ne touche que l'exercice d'un tel droit, non son attribution”³¹⁶?

Si le plan d'occupation des sols ne rend pas nécessairement possible la délivrance d'un permis de construire, bien que cela se produise également, il organise toujours les conditions de cette délivrance et influe naturellement sur le contenu même du permis. Les plans d'occupation des sols, aux termes de l'article L 123-1 du code de l'urbanisme “fixent, dans le cadre des orientations des schémas directeurs ou des schémas de secteur, s'il en existe, les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols, qui peuvent notamment comporter l'interdiction de construire”.

Ce n'est donc pas seulement lorsqu'il rend possible la délivrance du permis qu'il influe sur ce dernier. Alors même que le permis devrait être octroyé par le seul jeu du droit de construire, le POS influe sur son contenu en déterminant des coefficients d'occupation des sols, des règles concernant les accès et la voirie, des règles de distance ou d'orientation des constructions par rapport à l'alignement, aux limites séparatives, ou des règles relatives à la hauteur maximum des constructions, à leur aspect extérieur etc...

A tout point de vue, le permis de construire est un acte d'application du POS.

Il serait vain d'opposer à ce constat la définition proposée plus haut du lien source de l'opérance de l'exception d'illégalité et de faire remarquer que, la règle étant le droit de construire, le plan d'occupation des sols n'est pas nécessaire au permis. Cela est juste lorsqu'il n'y a pas de POS, mais dès qu'il en existe un, il

³¹⁶ G. Liet-Vaux, art. préc.

devient le support nécessaire, le fondement obligé, de tout permis de construire délivré sur le territoire de la commune.

Certes un permis peut être délivré lorsque le terrain n'est pas couvert par un plan d'occupation des sols, en raison du droit de construire attaché au sol, mais la situation change en cas contraire : aucun permis contraire au POS ne peut être délivré. Que le droit de construire préexiste ne change rien : l'autorisation individuelle doit être prise dans le respect du plan. Ce dernier lui est nécessaire dès lors qu'il existe. Quant à la continuité juridique unissant alors les deux actes, elle est incontestable.

Le permis n'est donc pas un acte d'application du POS en ce que ce dernier ne crée pas le droit de construire, mais il l'applique en tous ses points, puisque son contenu est déterminé par les dispositions du plan. Certes, la position inverse, choisie par le juge en 1986, servait son désir légitime de ne plus "faire supporter au bénéficiaire d'un permis de construire contesté dans les délais, les effets automatiques de l'annulation du plan d'occupation des sols".

Que l'on accepte sa position minimaliste de 1986 ou celle antérieure de 1981, le permis de construire doit être considéré comme un acte d'application du plan d'occupation des sols. Seul varie le degré du lien qui les unit et non sa nature. Doit alors être rejetée la restriction qu'a connue dans son application la jurisprudence Société Gépro. En effet, aujourd'hui ce lien dépend des illégalités éventuelles du plan et non plus seulement du fait qu'une disposition de ce dernier a rendu le permis possible.

Les développements précédents ont d'importantes conséquences relativement à l'examen primordial du caractère opérant de l'exception d'illégalité.

2 - Une solution non satisfaisante quant au régime de l'exception d'illégalité.

Dans sa lettre, la solution consacrée par l'arrêt Société Gépro procède d'une appréciation restrictive des rapports existants entre le permis de construire et le plan d'occupation des sols. Elle reconnaît que dans certaines situations, lorsque le plan seul a autorisé l'octroi du permis, le second est un acte d'application du premier.

Transposée au cas de contestation de la légalité du plan par voie d'exception, elle aurait logiquement dû entraîner l'annulation du permis en cas de déclaration d'illégalité de la disposition du plan l'ayant rendu possible. Quelle que soit la nature du vice entachant cette disposition, il devrait contaminer le permis.

De ce fait, appliquée rigoureusement, la jurisprudence Société Gépro n'aurait guère été plus efficace, pour limiter les effets des illégalités d'un POS, en cas d'exception d'illégalité qu'en cas d'annulation par voie de conséquence. Le moindre vice de procédure corrompt, en effet, l'ensemble du plan et donc aussi la disposition litigieuse. C'est pourquoi, la restriction du lien d'application ne suffisant pas, la jurisprudence et la doctrine ont opéré un insensible glissement permettant de limiter l'opérance des illégalités du plan à certaines seulement.

La conséquence en est l'inversion de l'ordre normal d'examen des questions : la recevabilité et le fond primant le caractère opérant de l'exception. Le moindre paradoxe de cette construction n'est pas le prononcé de déclarations d'illégalité de POS, dépourvues de conséquences sur les permis attaqués. Bien qu'inopérante, l'exception d'illégalité du plan peut être reconnue fondée et donc recevable !

Cette situation aurait dû susciter bien des critiques. Mais seuls quelques auteurs ont dénoncé les excès auxquels conduit la jurisprudence Société Gépro³¹⁷ telle qu'elle a été interprétée.

³¹⁷ V. notamment, J-P Granier, *les incidences du contrôle juridictionnel des plans d'occupation des sols sur la validité des permis de construire*, JCP 1988, I, 3358 ; Y. Jégouzo, *Incidences de la déclaration d'illégalité*

Prise à la lettre, cette jurisprudence n'aurait pourtant en rien dérogé aux règles gouvernant l'examen de l'exception d'illégalité. Opérante, puisque le POS rend possible le permis de construire, l'exception d'illégalité devrait conduire, le cas échéant, à une déclaration d'illégalité justifiant l'annulation automatique du second. Il y a loin de ce schéma théorique, que la jurisprudence en cause reproduisait, aux solutions auxquelles la volonté de réduire drastiquement les effets de l'illégalité du POS ont amené le juge administratif.

Là réside l'explication des difficultés rencontrées par les commentateurs pour réduire l'état actuel du droit à quelques notions juridiques. Justifié par des considérations d'opportunité, il ne repose que sur une fragile base juridique.

Plus encore qu'au regard de la jurisprudence Société Gépro, entendue dans son sens originel, c'est au regard de ce que semblent être réellement les rapports du plan d'occupation des sols et du permis de construire que l'état du droit est regrettable.

Le postulat selon lequel le permis de construire ne serait pas un acte d'application du POS ne convainc pas nécessairement. Outre que cette jurisprudence lui apporte, elle-même, une dérogation de taille, il est indéniable qu'en tout point de son contenu le permis est déterminé par le POS, qu'il applique et qui constitue sa base nécessaire.

La volonté, défendable en opportunité, de restreindre les effets néfastes des illégalités des plans d'occupations des sols ne saurait masquer ce fait. Comment comprendre, sinon, que le juge n'ait pu éviter de réserver une place, si faible soit-elle, au lien d'application dans sa solution ?

Transposé au cas de contestation par voie d'exception de la légalité du plan, le constat permet d'appliquer les règles qui gouvernent cette technique contentieuse. L'examen du caractère opérant de l'exception d'illégalité du plan doit

d'un plan d'occupation des sols sur les autorisations d'urbanisme - Réflexions sur les effets de la jurisprudence Gépro, CJEG 1991, p. 1.

s'opérer classiquement. Pour peu que le requérant invoque l'illégalité des dispositions qui ont servi de fondement au permis, l'exception est opérante. Il se peut, cependant, que, mal conseillé, il invoque, par exemple, l'illégalité du classement retenu pour une parcelle distincte de celle sur laquelle est délivré le permis. En ce cas, la solution s'impose d'évidence : l'exception est inopérante.

Si donc il est trop restrictif de limiter le rapport d'application entre le plan et le permis aux hypothèses où le permis a rendu possible le second, il ne faut cependant pas croire au caractère automatiquement opérant de l'exception d'illégalité. Le permis de construire voit son contenu largement déterminé par les dispositions du plan, et par d'autres textes ou documents, mais toutes les dispositions de ce plan ne le concernent pas.

Le jeu classique du critère de l'opérance, tel que précédemment déterminé, suffit à résoudre la difficulté.

Une fois reconnue opérante, l'exception d'illégalité est examinée quant à sa recevabilité puis à son bien-fondé. En cas de succès et de déclaration d'illégalité des dispositions critiquées, l'annulation du permis de construire ne peut qu'être automatique.

Par l'arrêt Société Gépro, le juge a choisi de limiter les effets de l'illégalité des plans d'occupation des sols. Pour ce faire, il a restreint les liens unissant les permis de construire à ces documents, sans pour autant les nier totalement. Or, cette dernière réserve, appliquée strictement, aurait eu pour conséquence de limiter les effets de son revirement jurisprudentiel, puisque n'importe quel vice aurait justifié l'annulation du permis rendu possible par le plan. Pour surmonter l'obstacle, le juge a alors opéré, sans base juridique satisfaisante, un tri selon les illégalités du plan.

La solution est critiquable au regard du régime classique de l'exception d'illégalité en ce qu'elle conduit à faire primer la recevabilité et le fond de celle-ci sur son caractère opérant.

Plus encore, le postulat sur lequel elle repose - le permis n'est pas un acte d'application du POS - est fragile. Peut-il être encore souhaité son abandon et le retour à la jurisprudence Comité interassociation pour l'environnement de Nancy ? Est-il raisonnable de modifier une jurisprudence dont l'histoire est déjà si mouvementée, même pour la simplifier et lui rendre sa cohérence ?

La réponse à cette interrogation est fournie par le législateur. Il s'est, en effet, emparé du problème pour mettre un terme aux contrecoups multiples de la jurisprudence Société Gépro³¹⁸. Ne contestant pas explicitement le postulat précité, il s'est borné à aménager la contestation par voie d'exception de l'illégalité des plans d'occupation des sols.

Il résulte désormais de l'article L 600-1 du nouveau Livre VI du code de l'urbanisme que "l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause"³¹⁹.

Désormais, c'est en vertu de la volonté du législateur que la limitation des effets destructeurs des illégalités externes des POS est définie. Encore convient-il de noter que les débats parlementaires ont conduit à exclure de cette disposition, et donc à admettre sans condition de délai, certains vices de légalité externe jugés trop graves pour rester impunis. Il s'agit de l'absence de mise à disposition du public des schémas directeurs dans les conditions prévues par l'article L 122-1-2, de la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête

³¹⁸ Dont certains n'ont pas été étudiés ici, v. infra, Troisième Partie, Chapitre I, p. 631 et s.

³¹⁹ Cet article est issu de la loi n° 94-112 du 9 février 1994, portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction. V. également la circulaire du 11 février 1994 portant sur l'entrée en vigueur de la loi, *RFDA* 1995, p. 60.

publique sur les plans d'occupation des sols prévue à l'article L 123-3-1, de l'absence du rapport de présentation et de l'absence des documents graphiques.

L'intervention législative était souhaitable car il n'appartenait pas au juge administratif d'arbitrer entre les intérêts en jeu qui sont bien peu juridiques. Il n'est pas armé pour cela. La prohibition des arrêts de règlement lui impose d'habiller juridiquement ses positions. Ainsi, dans le domaine étudié a-t-il été amené, pour justifier une solution pragmatique, à abandonner sa jurisprudence antérieure sur le lien entre le POS et le permis de construire. Il ne disposait, en effet, d'aucune autre voie de droit.

Seul le législateur était apte à trancher entre les impératifs juridiques et le réalisme : il pouvait poser clairement des limites à la recevabilité temporelle de certains vices invoqués au soutien d'une exception d'illégalité. Le juge n'avait pu antérieurement que jouer sur l'organisation des rapports entre les actes en cause pour parvenir au même résultat, ce qui l'a conduit à une construction infiniment subtile.

La loi du 9 février 1994 a choisi une voie moyenne, originale en ce qu'elle est la première à limiter dans le temps la possibilité d'invoquer certains vices de légalité entachant des règlements. Son champ d'application très strictement défini, tant à l'égard des actes que des vices concernés, traduit l'accord du législateur à un traitement spécifique de l'exception d'illégalité des règlements d'urbanisme.

Cependant, si le juge persiste dans sa jurisprudence, la portée de ce texte sera mince, tant, auparavant, étaient rares les annulations de permis de construire pour vices de légalité externe des plans d'occupation des sols.

C'est pourquoi, l'intervention du législateur semble être sinon une invitation du moins une autorisation donnée au juge. La loi limitant elle-même désormais les effets des illégalités des POS, la jurisprudence Société Gépro, conçue pour pallier des carences textuelles, ne se justifie plus. Le juge pourrait l'abandonner sans

risque : il satisferait à la rigueur juridique, fragilisée par cette jurisprudence, et au souci légitime de stabiliser les situations juridiques, assuré désormais par le nouvel article L 600-1 du code de l'urbanisme.

Plus encore, la loi du 9 février 1994 ne se comprend, en fait, que comme postulant des rapports d'application entre le POS et le permis de construire et impliquant l'abandon de la jurisprudence administrative actuelle³²⁰. Si le législateur limite la recevabilité temporelle de certains vices externes invoqués par voie d'exception, c'est parce qu'il considère, a contrario, que tout autre vice peut être recevable sans condition particulière. La négation d'un lien d'application entre les actes concernés, par le juge administratif, ne se justifie plus. Il lui suffit de prendre acte de l'invitation législative après avoir lui-même attiré l'attention sur un problème grave et tenté d'y remédier par ses propres moyens.

La loi du 9 février 1994 apporte un heureux dénouement à un problème grave du contentieux de l'urbanisme. Ses inconvénients, en ce qu'elle opère la première limitation textuelle du jeu de l'exception d'illégalité, sont compensés par les relatives clarifications et stabilité qu'elle assure dans un état du droit jusque là incertain et discuté.

Au terme de ce chapitre, la notion de caractère opérant de l'exception d'illégalité d'un acte administratif apparaît plus nettement. L'originalité de l'exception au sein des instruments du respect du principe de légalité s'y manifeste pleinement. Sa nature de moyen, de débat incident, contraint le juge de l'exception à se poser des questions particulières, avant de l'examiner au fond ou de la renvoyer au juge compétent.

³²⁰ V. cependant, dans le sens opposé, c'est-à-dire déduisant de cette loi une totale rupture entre le plan d'occupation des sols et le permis de construire, J-B. Auby, *La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme*, RFDA 1995, p. 25.

Dans un premier temps, il a ainsi été établi que la notion d'opérance se fonde sur une exigence de pure logique, le souci d'épargner au juge la tâche d'examiner la légalité d'un acte qui n'est pas influente sur la solution du litige dont il est saisi. Elle se traduit par l'existence d'un lien entre les actes critiqués, celui visé par l'exception devant être nécessaire au second, objet du recours direct, et tous deux devant s'inscrire dans une continuité juridique. La poursuite de l'étude a alors montré que la manifestation classiquement reconnue de ce rapport, le lien d'application, est insuffisante pour rendre compte de toutes les hypothèses dans lesquelles le caractère opérant d'une exception d'illégalité est admis. Les autres ont pu être regroupées autour d'un nouveau concept définissant les rapports entre les actes en jeu, le lien de consubstantialité.

Dans un second temps, la définition exacte de la notion d'opérance de l'exception d'illégalité est apparue insuffisante car il importe de la distinguer de celle de recevabilité, à laquelle l'exception est aussi soumise. Les relations entre ces deux notions sont simples : le juge doit préalablement procéder à l'examen du caractère opérant de l'exception avant de s'interroger sur sa recevabilité. La seule dérogation jurisprudentielle à cette chronologie du raisonnement, l'arrêt Société Gépro, est apparue plus pragmatique que juridique et semble susceptible de disparaître en raison de l'intervention de la loi du 9 février 1994.

Le principe de l'examen primordial du caractère opérant de l'exception d'illégalité pourrait alors recouvrer son ancienne plénitude.

Les rapports entre les notions de recevabilité et d'opérance ayant été ainsi établis, il reste à préciser, justement, quelles sont les conditions auxquelles est soumise la recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte administratif.

CHAPITRE DEUXIÈME

L'EXAMEN DE LA RECEVABILITÉ DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

Le caractère utile de l'exception d'illégalité vérifié, le juge du principal doit ensuite examiner la recevabilité du moyen de droit ainsi constitué. Cette appréciation, nécessairement seconde, relève également de sa compétence. Seul le juge de l'action peut établir, au regard des conditions de recevabilité qui régissent le contentieux dont il connaît, s'il doit être répondu à la question. La tâche du juge de l'exception, qu'il soit ou non juge de l'action, se limite à l'examen au fond du moyen.

Les règles de recevabilité auxquelles sont soumises les exceptions d'illégalité des actes administratifs s'identifient donc à celles que le juge de l'action applique ordinairement. Elles sont ainsi susceptibles de varier selon que l'exception apparaît dans un contentieux judiciaire ou administratif.

Les quelques exigences posées par le juge judiciaire en la matière ont été antérieurement présentées au cours de l'examen des compétences respectives du juge de l'action et du juge de l'exception³²¹. Il en est ressorti une grande autonomie du régime de recevabilité devant ce juge. Elle se justifie par l'obligation de respecter les principes gouvernant la procédure en cause, procédure civile ou pénale, et par la réticence du juge à transposer les règles élaborées par le juge administratif. Cette hésitation fait l'objet de critiques doctrinales dans la mesure où la coexistence de deux régimes différents est jugée inadmissible au regard de l'identité des problèmes. Par ailleurs, est dénoncée la soumission du juge administratif lorsque lui est renvoyée une question préjudicielle de légalité alors qu'elle est irrecevable en vertu de ses propres principes.

La situation est certes paradoxale mais respecte strictement la séparation des autorités. Au surplus, il n'est pas certain qu'une transposition de la jurisprudence administrative dans l'ordre judiciaire serait exempte d'inconvénients. En effet, le présent chapitre l'établira, la détermination de la recevabilité d'une exception d'illégalité n'est pas chose facile, même pour le juge administratif.

Les règles en cause sont subtiles, voire incertaines. Le refus de les reproduire témoigne alors de la sagesse du juge judiciaire. Une contradiction avouée, reposant sur un principe fondamental de notre système juridictionnel, apparaît moins néfaste qu'une tentative d'harmoniser les solutions, au résultat incertain faute pour le juge judiciaire d'être armé pour cela.

L'étude des conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité devant le juge administratif permet, en effet, d'apprécier leur complexité.

L'originalité de l'exception d'illégalité s'y manifeste une nouvelle fois. Critique de la légalité d'un acte, l'exception présente des traits communs avec les classiques recours en annulation. Critique incidente de la légalité d'un acte,

³²¹ V. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 174 et s.

l'exception obéit à des exigences particulières, surtout en matière de recevabilité temporelle.

Avant de consacrer l'essentiel des développements à ce dernier aspect, il convient de présenter préalablement les autres conditions de recevabilité, dont l'originalité est moindre, mais toujours présente.

Parce qu'elle constitue un moyen de droit à l'appui d'un recours principal, l'exception d'illégalité est soustraite à une exigence qui ne vaut que pour ce dernier. Il s'agit de l'exigence d'une décision préalable qui ne semble jouer qu'à l'encontre du recours au fond. Au demeurant, portant nécessairement sur un acte déterminé, l'exception d'illégalité satisferait automatiquement à cette première exigence.

Hormis cette spécificité par défaut, la recevabilité de l'exception d'illégalité se signale au regard des autres exigences traditionnelles en matière de contestation de légalité.

a - Le ministère d'avocat.

Le ministère d'avocat est exclu lorsqu'est en cause une exception d'illégalité. Seuls la nature et l'objet du recours principal déterminent si le justiciable doit recourir à un conseil. Il saurait être question de considérer distinctement l'exception d'illégalité au regard de cette autre condition de recevabilité.

En est-il de même lorsque l'exception constitue elle-même un recours principal ? Il s'agit du recours en appréciation de validité, rendu nécessaire en cas d'incompétence sur l'exception du juge de l'action³²². Abandonnant son ancienne jurisprudence, le juge administratif a admis en 1911, que le recours en

³²² Sur ces hypothèses, v. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 139 et s.

appréciation de validité sur renvoi d'un tribunal judiciaire est recevable sans le ministère d'un avocat aux conseils³²³.

Une partie de la doctrine³²⁴ s'est justement interrogée sur l'éventualité d'une solution contraire lorsque le recours en appréciation de validité est dirigé contre un contrat. Un tel acte est, en effet, insusceptible de recours pour excès de pouvoir, mais uniquement d'un recours de plein contentieux, non dispensé du ministère d'avocat. Faute de textes et de jurisprudence permettant de trancher la question, il semble cependant que les formules des arrêts inclinent à penser qu'une dispense générale d'avocat est posée.

Le juge se fonde depuis longtemps pour justifier sa solution non sur la nature de l'acte attaqué mais sur "la nature du recours"³²⁵. Même dirigé contre un acte ressortant normalement de la pleine juridiction, un recours en appréciation de validité doit être dispensé du ministère d'avocat.

Cette interprétation est satisfaisante "en ce qu'elle évite aux parties d'engager des frais élevés sur ce qui n'est qu'un simple incident d'un procès principal"³²⁶. En outre, un tel recours ne soulève que des questions de pure légalité, quel que soit l'acte en cause. Il est alors logique de le ranger parmi les recours ouverts en matière d'excès de pouvoir³²⁷.

Un parallèle peut être opéré, pour corroborer la solution, avec la jurisprudence Commune de Sainte Marie³²⁸ par laquelle le Conseil d'État, pour déterminer le juge d'appel compétent en matière de déferé préfectoral exercé

³²³ V. CE 3 janvier 1911, Legros, S 1913, 3, p. 95. V. pour la jurisprudence antérieure, CE 7 février 1902, Paris, p. 87 ; CE 19 mai 1905, Commune d'Alan, S 1907, 3, p. 61 ; CE 26 janvier 1906, Reynaud, S 1908, 3, p. 24.

³²⁴ V. J. Georgel, *Question préjudicielle*, JCA, Fasc. 1061, n° 201 ; C. Guettier, *Recours en appréciation de validité*, JCA, Fasc. 1163, n° 39 ; J-M. Auby et R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 64, note 14.

³²⁵ V. CE 16 mars 1923, Abbé Gauthier, p. 252 ; S 1924, 3, p. 41, note Hauriou ; CE 26 juillet 1971, Doublet, p. 579.

³²⁶ J-M. Auby et R. Drago, op. cit.

³²⁷ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 151.

³²⁸ V. CE Sect. 6 juillet 1991, Commune de Sainte Marie, p. 302 ; RFDA 1991, p. 966, concl. Legal ; AJDA 1991, p. 693, chr. Maugué et Schwartz.

contre un contrat, a fait prévaloir la nature du déféré, assimilé à un recours pour excès de pouvoir, sur la nature de l'acte visé.

b - La motivation.

Sa nature de moyen de droit ne soustrait pas l'exception d'illégalité à l'exigence d'être correctement motivée. Le juge administratif a souvent rejeté comme irrecevables des exceptions d'illégalité soulevées sans être étayées d'aucune précision ou argumentation.

Un arrêt d'Assemblée, *Herr et autres*, est significatif de la rigueur du juge en la matière : "les requérants ne précisent pas en quoi le décret du 11 décembre 1963, relatif aux installations nucléaires, sur le fondement duquel a été pris le décret attaqué, serait illégal ; ainsi le moyen tiré de l'illégalité prétendue de ce décret n'est pas susceptible d'être accueilli"³²⁹.

La solution est différente en cas d'exception d'illégalité formant question préjudicielle. Seule compte la question de légalité renvoyée par le juge judiciaire : "il n'est pas nécessaire que la requête contienne l'exposé des moyens. De ce fait, le requérant peut se contenter de demander au juge d'apprécier la validité de l'acte"³³⁰. En effet, "dans la mesure où le renvoi délimite la mission du juge administratif (...), les questions soumises au juge de renvoi sont définies non par les parties, mais par la décision de sursis à statuer du juge du fond. L'argumentation des requérants doit donc s'inscrire dans le cadre ainsi tracé"³³¹.

³²⁹ CE 28 février 1975, *Herr et autres*, p. 162 ; *RTDE* 1975, p. 747, note Hébert. V. également CE 19 mai 1905, *Davezac*, p. 460 ; CE 21 novembre 1930, *Thaon*, p. 968 ; CE 3 juillet 1957, *Labarthe*, p. 842 ; CE 2 novembre 1960, *Cassane*, p. 581 ; CE 30 juin 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur*, p. 452 ; *D* 1961, p. 663, concl. Kahn, note Josse ; *AJDA* 1961, concl. ; CE 19 février 1982, *Commaret*, p. 78.

³³⁰ C. Guettier, *op. cit.*, n° 42.

³³¹ *Ibid.*, n° 43.

c - La nature de l'acte argué d'illégalité.

L'exception d'illégalité n'est pas un moyen de droit ordinaire. Permettant la contestation, fût-elle indirecte, de la légalité d'un acte administratif, certaines règles de recevabilité tenant à la nature de celui-ci sont transposées par le juge afin d'éviter tout abus.

Il serait, en effet, anormal que les voies de l'exception soient plus largement ouvertes que celles de l'action.

“Contre quels actes l'exception d'illégalité est-elle recevable ? Elle ne l'est que contre ceux qui ont le caractère d'actes administratifs (...). Quand nous parlons d'actes administratifs, nous voulons dire : les actes administratifs formels, c'est-à-dire ceux qui émanent d'une autorité administrative, quelle que soit au point de vue matériel leur nature juridique intrinsèque, qu'ils soient des actes législatifs, comme les règlements, ou des actes administratifs proprement dits, c'est-à-dire individuels”³³². Cette présentation de l'état du droit est historiquement “marquée”. Elle justifie quelques cursifs compléments.

- Il est des actes dont la nature autorise toujours l'exception d'illégalité. Il aurait été ainsi incohérent d'admettre à l'encontre des règlements et des actes non réglementaires l'exercice d'un recours par voie d'action mais de dénier toute possibilité de contestation incidente des mêmes actes en raison de leur nature. Susceptibles de faire l'objet d'une contestation directe pouvant aboutir à une annulation, *a fortiori* sont-ils critiquables par la voie de l'exception qui ne peut mener qu'à leur déclaration d'illégalité. Leur caractère susceptible de recours vaut autant pour l'action que pour l'exception. C'est bien en ce sens que s'est prononcé le juge administratif.

³³² M. Réglade, *L'exception d'illégalité en France*, RDP 1923, p 393.

“Pour les actes réglementaires, il n’y a plus aujourd’hui la moindre difficulté, ils peuvent être repoussés par la voie de l’exception devant toutes les juridictions, répressives, civiles, administratives”³³³. Quelle que soit leur enveloppe formelle, le juge accepte de trancher la question soulevée. Est ainsi recevable l’exception d’illégalité d’un décret réglementaire du Président de la République³³⁴, d’un règlement d’administration publique³³⁵, d’un décret³³⁶ simple, d’un arrêté ministériel³³⁷, d’un arrêté préfectoral³³⁸, d’un arrêté municipal³³⁹, d’une délibération³⁴⁰ ou d’une circulaire³⁴¹.

³³³ Ibid.

³³⁴ V. notamment CE 30 juillet 1915, Général de division Verrier, p. 257 ; CE 7 juin 1918, Aubry de la Noé, p. 543 ; CE 28 juin 1918, Heyriès, p. 651.

³³⁵ V. CE 3 juin 1906, Tixier, p. 741 ; CE 2 juillet 1929, Hébert, p. 673 ; CE 17 juin 1938, Société grande brasserie la nouvelle Gallia, p. 541 ; CE 7 février 1944, Ministre des finances c/ Société X, p. 35 ; CE 26 juin 1953, Detruiseux, p. 319 ; CE 29 avril 1955, Lléu, p. 230 ; CE 25 octobre 1957, Arestein, p. 555 ; CE 15 avril 1959, Dame Frescaline, p. 900 ; CE 24 novembre 1978, Lemarquand, p. 468.

³³⁶ V. notamment parmi une jurisprudence pléthorique, CE 6 janvier 1926, Cayrol, p. 6 ; CE 30 juillet 1926, Guillaumet, p. 820 ; CE 28 avril 1932, Hubert, p. 421 ; CE 26 octobre 1934, Dubuisson, p. 960 ; CE 24 juillet 1936, Boley, p. 859 ; CE 2 juin 1938, Castex, p. 510 ; CE 2 novembre 1938, Fleury, p. 805 ; CE 9 avril 1948, Compagnie universelle d’acétylène, p. 151 ; CE 13 mai 1949, Bourgain, p. 214 ; CE 20 février 1953, Demoiselle Armelin, p. 88 ; CE 10 juin 1958, Dumoulinneuf, p. 738 ; CE 15 juillet 1960, Établissements R. Durand, p. 477 ; CE 2 novembre 1962, Géraud, p. 587 ; CE 13 juillet 1968, Claeysens, p. 443 ; CE 27 février 1970, Dautan, p. 141 ; CE 8 mai 1974, Boyer, p. 820 ; CE 28 mai 1976, Centre technique des conserves de produits agricoles, p. 282 ; CE 15 décembre 1976, Dame Faussat, p. 549 ; CE 9 juin 1982, Association de sauvegarde des espaces verts des Monts d’Or, p. 216 ; CE 6 décembre 1991, Cierco, p. 419.

³³⁷ V. CE 31 janvier 1913, Pellé, p. 133 ; CE 7 janvier 1916, D’Abzac, p. 7 ; CE 13 décembre 1918, Journal de Chartres, p. 1140 ; CE 2 novembre 1928, Deloulay, p. 1127 ; CE 16 mai 1930, Guibert, p. 522 ; CE 13 mai 1931, Rigault et Allart, p. 528 ; CE 1er juin 1932, Rosset, p. 530 ; CE 22 juin 1963, Corrieu, p. 383 ; CE 21 mai 1965, Ministre de l’éducation nationale c/ Amouroux, p. 292 ; CE 13 juillet 1967, Bouillier, p. 312 ; CE 8 mars 1968, Plenel, p. 168 ; CE 31 mai 1972, Ministre de la santé publique c/ Doucet, p. 404 ; CE 4 avril 1973, Ovique, p. 275 ; CE 26 avril 1974, Bertrand, p. 843 ; CE 22 avril 1983, Sabin et autres, p. 159 ; CE 16 octobre 1985, Ministre de l’agriculture c/ Société de courses de Questembert-Malestroit, p. 491 ; CE 19 octobre 1988, Fédération nationale SOS environnement, p. 343.

³³⁸ V. notamment CE 9 janvier 1925, Frossard, p. 29 ; CE 1er mai 1936, Heuet, p. 489 ; CE 5 février 1937, Labaeye, p. 154 ; CE 18 février 1949, Denoyer, p. 80 ; CE 1er octobre 1954, Bigeard, p. 494 ; CE 6 novembre 1959, Coopérative laitière de Belfort, p. 581 ; CE 15 mai 1974, Demoiselle Martin, p. 285 ; CE 13 mars 1981, Fédération nationale des médecins salariés, contractuels et fonctionnaires, p. 577 ; CE 1er février 1989, Lidolff, *DA* 1985, n° 163 ; CE 7 février 1986, Colombet, p. 29 ; *RDP* 1986, p. 1161, concl. Dandelot.

³³⁹ V. notamment, CE 10 mars 1905, Charvier, p. 240 ; CE 29 décembre 1905, Dellaye, p. 1009 ; CE 22 mars 1907, Dame Flavie-Delpech, p. 279 ; CE 22 mars 1907, Delmet, *D* 1908, 3, p. 101 ; CE 9 février 1912, Abbé Petit, p. 186 ; CE 14 février 1913, Ducreux, p. 201 ; CE 4 juillet 1913, Demoiselle Fatou, p. 797 ; CE 4 juillet 1913, Abbé Péchon, p. 798 ; CE 24 janvier 1916, Dame Cohen, p. 18 ; CE 1er mars 1929, Abbé Carletti, p. 254 ; CE 12 novembre 1931, Abbé Billard, p. 973 ; CE 14 mars 1934, Abbé Péan, p. 338 ; CE 19 octobre 1938, Abbé Corbière, p. 772 ; CE 22 mars 1967, Dame Laborie, p. 723 ; *Crim* 26 avril 1990, Drouet, *DA* 1990, n° 465.

³⁴⁰ V. notamment, CE 27 juillet 1923, Boulard, p. 622 ; CE 5 juin 1929, Genthon, p. 542 ; CE 9 novembre 1945, Gillot, p. 223 ; CE 30 mai 1947, Astié, p. 639 ; CE 22 décembre 1947, Dufoulon, p. 561 ; CE 20 février 1948, Bassac, p. 87 ; CE 21 janvier 1949, Compagnie agricole de la Crau, p. 26 ; CE 4 juillet 1952,

Leur caractère susceptible de recours motive également la recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires, qu'il s'agisse d'actes individuels ou d'actes particuliers. Le juge accepte ainsi de statuer sur l'exception d'illégalité de décrets³⁴², d'arrêtés ministériels³⁴³, d'arrêtés préfectoraux³⁴⁴, municipaux³⁴⁵ et même de délibérations de nature non réglementaire³⁴⁶.

- Si l'exception d'illégalité des règlements et actes non réglementaires est toujours possible, les autres catégories d'actes connaissent en raison de leur nature un régime particulier en la matière. Pour certains, l'exception d'illégalité constitue la seule voie de contestation, pour d'autres, elle est exclue.

Le juge administratif déclare irrecevables les recours pour excès de pouvoir dirigés contre certains actes mais admet, cependant, que leur nature autorise une contestation incidente à l'occasion de leur application. Hormis le cas très marginal des règlements des assemblées parlementaires relatifs au statut de leur personnel³⁴⁷ doivent être présentés les actes préparatoires et des directives.

Commune de Rochereau, p. 358 ; CE 30 octobre 1964, Brunner, p. 498 ; CE 24 janvier 1968, Commune de Bournand, p. 56 ; CE 1er mars 1968, Commune de Ferrières le Lac, p. 153 ; CE 20 octobre 1976, Commune de Villers les Pots, p. 431 ; CE 10 juin 1988, Département de l'Orne C/ Gandon, p. 233 ; CE 26 juin 1989, EDF, p. 559 ; CE 20 juin 1990, Fédération française de golf c/ Ville de Chateaufort, *DA* 1990, n° 420 ; CE 29 mars 1991, Commune de Veze, *DA* 1991, n° 230 ; TA Lyon 16 mai 1991, Desfontaines, p. 625 ; CE 19 juin 1991, Époux Johannet, p. 244.

³⁴¹ V. notamment, CE 22 novembre 1918, Piétri, p. 1012 ; CE 26 octobre 1934, Dubuisson, p. 960 ; CE 14 septembre 1945, SA Établissements B. Fassona, *S* 1946, 3, p. 7 ; CE 23 novembre 1951, Marcin-Kowsky, p. 548 ; CE 30 avril 1971, Congrégation des soeurs de Saint Joseph, p. 315 ; CE 19 janvier 1973, Association tourquenoise d'enseignement professionnel, p. 47 ; CE 23 janvier 1981, Causer, p. 555 ; CE 31 mars 1993, Estoup, *RJF* 1993, n° 916.

³⁴² V. notamment, CE 1er mars 1919, Fraissé, p. 695 ; CE 1er juin 1923, Gras de Beler, p. 434 ; CE 13 juillet 1923, Inglis, p. 577 ; CE 15 novembre 1935, Destrées, p. 1063 ; CE 25 juillet 1939, Botton, p. 526 ; CE 3 mai 1963, Alaux, p. 261, concl. Combarous ; CE 13 juillet 1966, Goudinoux, p. 469 ; CE Sect. 8 mars 1968, Plenel, p. 168 ; Crim 30 mars 1971, Geismar, *GP* 1971, 2, J, p. 407.

³⁴³ V. par exemple, CE 11 janvier 1935, Gras, p. 40.

³⁴⁴ V. par exemple, CE 23 février 1979, Maia, p. 597.

³⁴⁵ V. notamment, CE 26 juin 1914, Richebé, p. 769 ; CE 27 juillet 1923, Boulard, p. 622 ; CE 30 avril 1976, Siméon, p. 225 ; *AJDA* 1976, p. 625, concl. Aubin.

³⁴⁶ V. CE 9 janvier 1959, Ville de Nice, p. 26 ; CE 23 mai 1962, Commune d'Arzeur, p. 336.

³⁴⁷ V. TA Paris 8 février 1985, Leboul, cité in *RFDA* 1994, p. 529 ; TA Paris 30 novembre 1992, Pinchat, *RFDA* 1994, p. 528, note Lercher.

L'expression d'actes préparatoires est significative de la nature des actes ainsi désignés : "ce sont uniquement des décisions qui sont un élément de la procédure d'élaboration d'une autre décision dont on ne sait pas, ou bien si elle sera prise, ou bien ce que sera exactement son contenu"³⁴⁸.

L'acte préparatoire peut présenter tous les caractères d'un acte susceptible de recours mais son intégration comme élément intermédiaire dans le processus de création d'une norme, qui constitue son but et vers laquelle tendent ses effets, conduit le juge administratif à refuser l'exercice à son encontre d'un recours par voie d'action.

La solution part d'un constat de bon sens : "n'est-il pas préférable d'attendre que la décision ait été prise ? Un recours dirigé contre la mesure préparatoire pourrait apparaître comme ayant été inutilement exercé"³⁴⁹.

Pour autant, générateur d'effets de droit conditionnant le sens et la légalité de la décision recherchée, l'acte préparatoire peut voir sa légalité remise en cause à l'occasion du recours contre celle-ci. Là encore, des considérations pratiques sont avancées. "On attend le moment où l'opération sort de la préparation et est lancée dans le monde extérieur, c'est la seule acception à retenir de l'idée d'ordre intérieur, il n'y a aucune nécessité logique à épargner les mesures intérieures, on a simplement jugé plus pratique un contrôle "à la production" qu'une cascade de recours possibles sur les stades successifs d'une même opération"³⁵⁰.

Ainsi l'annulation de la décision finale "équivaldra à la censure, indirecte et retardée, mais réelle, de la mesure préparatoire. La situation ne sera pas, en fin de compte, différente de ce qu'elle aurait été si l'annulation de la mesure préparatoire avait été, sur recours dirigé contre elle, prononcée"³⁵¹.

³⁴⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 515.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ R-E. Charlier, *Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives*, JCP 1954, I, 1169.

³⁵¹ R. Chapus, op. cit., n° 514.

Telles sont les habituelles justifications données à l'exclusivité remarquable de la contestation, par voie d'exception, de la légalité des actes préparatoires. La solution inverse aurait, cependant elle aussi, quelque attrait. L'illégalité d'un tel acte, constatée dès l'origine, aurait pour avantage, d'une part, de vider le contentieux rapidement, et d'autre part, d'autoriser l'autorité publique à recommencer sa procédure sur des bases nouvelles. Une semblable position serait d'autant plus logique que le refus de recours direct n'est pas toujours opportun, ces actes pouvant faire grief et ouvrir un intérêt à agir contre eux.

La jurisprudence actuelle rejette pourtant les recours par voie d'action à leur encontre, tout en réservant la faculté de critiquer leur légalité en fin de processus juridique. Quelques domaines retiennent l'attention à ce sujet, comme le contentieux de l'expropriation³⁵², le contentieux électoral³⁵³, ou le droit de la fonction publique³⁵⁴, bien que cette jurisprudence soit d'application générale³⁵⁵ et ait connu les honneurs d'une transposition communautaire³⁵⁶.

³⁵² V. notamment, lorsque l'acte préparatoire est constitué par la délibération d'un conseil municipal déclenchant le processus, CE 24 octobre 1979, Desquerré, p. 761 ; CE 20 janvier 1988, De Bouvier de Cachard, *QJ* 24 mai 1988, p. 3, note Romi et Tête ; CE 20 janvier 1989, Époux Thioliér, p. 869 ; *D* 1990, IR, p. 319, obs. Bon. V. également pour l'arrêt d'ouverture d'enquête publique, CE 26 mai 1922, Gouzy, p. 483 ; CE 5 mai 1959, Dame Veuve Duchemin, p. 311.

³⁵³ V. notamment, CE 16 décembre 1955, Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-mer, *RPDA* 1957, p. 41, concl. Laurent ; CE 24 mars 1972, Perroux, p. 252 ; CE 22 juin 1973, Élections des membres du conseil de l'UER de lettres de l'université de Limoges, p. 433 ; CE 3 mai 1974, Pelletier, p. 1103 ; CE 22 octobre 1979, Peter Davis, p. 390 ; *AJDA* 1980, p. 39, note B. G. ; CE 25 juillet 1980, Ministre de l'équipement, p. 697 ; CE 15 octobre 1986, Syndicat national des cadres techniciens de l'ANPE, *DA* 1986, n° 562 ; CE 17 octobre 1986, Association les Verts, *DA* 1986, n° 564.

³⁵⁴ V. notamment CE 27 janvier 1982, Pelletier, *DA* 1982, n° 97 ; CE 26 mai 1982, Droulers, p. 638 ; CE 13 janvier 1988, Centre hospitalier de Chateaubriant c/ Colliat, p. 5 ; CE 6 mai 1988, Chérif, p. 558.

³⁵⁵ V. en matière d'imposition, CE 15 avril 1988, Vincent, p. 145 ; CE 4 octobre 1989, Schoeny, p. 585 ; en matière d'urbanisme, CE 8 octobre 1976, Le Blant, p. 398 ; *AJDA* 1977, p. 101, concl. Labetoulle ; CE 3 novembre 1982, Bonnaire, p. 363, *LPA* 11 mai 1983, p. 6, note Moderne ; en matière de regroupement de communes, CE 5 avril 1957, Commune des Abymes, p. 240 ; CE 26 janvier 1979, Époux Lorans, p. 31 ; en matière d'attribution de marchés, CE 29 juillet 1983, Société des mines de fer de Baburet, p. 422 ; *TA* Nice 17 mars 1961, Société des établissements Crovetto, p. 778 ; en matière d'ouverture d'officine de pharmacie, CE 16 novembre 1960, Ministre de la santé c/ Gout, p. 631 ; CE 12 octobre 1979, Ministre de la santé c/ Morel, p. 830.

³⁵⁶ V. TPI 24 janvier 1991, Latham, T II, p. 36 : "les actes préparatoires (...) ne peuvent (...) faire l'objet d'un recours. Ce n'est qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision prise au terme de la procédure que le requérant peut faire valoir l'irrégularité des actes antérieurs qui lui sont intimement liés".

La notion de directive est, quant à elle, de création récente³⁵⁷. Fruit des hésitations quant à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire propre aux ministres, elle constitue un moyen terme entre son octroi et son refus.

“La reconnaissance de ces directives trouve son origine, d'une part, dans la nécessité de compenser le refus de reconnaître un pouvoir réglementaire aux ministres en dehors de l'organisation de leur service et d'un texte le leur attribuant (...), d'autre part, dans la recherche d'un encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration par des normes facilitant le contrôle juridictionnel”³⁵⁸.

Le juge a ainsi accepté d'accorder aux administrateurs le pouvoir d'“encadrer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant être exercé pour l'adoption de normes individuelles”³⁵⁹. Il ne s'agit pas d'un pouvoir réglementaire ni même d'un pouvoir de décision unilatéral. La directive “ne constitue sans doute pas un acte faisant grief au sens classique et rigoureux qu'a donné la jurisprudence à cette expression. Elle n'en est pas moins un acte qui doit être suivi d'effets, même s'ils sont indirects”³⁶⁰.

A cet égard, “le juge administratif admet que ce n'est pas la directive elle-même qui confère des droits aux administrés qu'elle vise, mais les actes individuels qui sont pris en application. Il s'ensuit que la directive n'est pas, par elle-même, un acte créateur de droits au profit des administrés”³⁶¹.

Il en ressort un trait original de la directive. Elle “apparaît avec un double caractère. C'est un acte indirect, en ce qu'elle ne provoque pas par elle-même des effets de droits mais qu'elle les produit par l'intermédiaire des décisions qui la mettent en oeuvre. C'est un acte intermédiaire, en ce que, si elle doit normalement

³⁵⁷ Il est classique de faire remonter son apparition officielle à l'arrêt CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, p. 750, concl. Bertrand ; *AJDA* 1971, p. 196, note H.T.C., *D* 1971, p. 673, note Loschak ; *JCP* 1972, II, 17232, note Fromont.

³⁵⁸ P. Delvolvé, *Acte administratif*, RDCA, n° 231.

³⁵⁹ *Ibid*, n° 232.

³⁶⁰ P. Delvolvé, *La notion de directive*, *AJDA* 1974, p. 459.

³⁶¹ P. Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, Thèse 1978, p. 221.

être appliquée, elle peut ne pas être suivie : son autorité est donc inférieure à celle d'un ordre mais supérieure à celle d'un souhait. Par là même, elle se différencie de l'acte administratif qui produit directement des effets de droit et qui est un acte de commandement³⁶².

“On voit tout l'intérêt de cette construction habile, qui permet, sans conférer aux directives ministérielles valeur réglementaire, et tout en préservant la règle de l'examen individuel des dossiers, d'aboutir à “une sorte de codification des motifs” et à une meilleure observation du principe de l'égalité de traitement, le tout sous le contrôle du juge, chargé de contrôler l'application des directives et leur conformité avec la volonté du législateur³⁶³.

Car leur caractère d'acte ne faisant pas grief, ne soustrait pas les directives à toute contestation. Comme les actes préparatoires, le fait qu'elles déterminent le sens et la légalité de la décision prise à leur suite et sur leur fondement, justifie qu'à l'appui du recours contre cette décision, l'exception d'illégalité de la directive soit recevable. “Si sa légalité peut être discutée à l'occasion d'un litige contre une décision individuelle qui s'y référerait, une telle délibération n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir³⁶⁴.

“A l'occasion des contrôles des mesures d'application des directives, le juge est amené, par la voie de l'exception d'illégalité, à apprécier leur régularité en tant que telles. C'est impliquer qu'elles ont une certaine autorité : leur légalité n'aurait pas à être examinée si elle était sans conséquence³⁶⁵.

Force est cependant de constater que “le contrôle de la légalité des directives est réduit, pour l'instant, au strict minimum, pour ne pas dire plus : pour être valable, il suffit que la circulaire “ne soit pas inadaptée au but poursuivi par les

³⁶² P. Delvolvé, *Acte administratif*, op. cit., n° 233.

³⁶³ D. Loschak, note sous CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, *D* 1971, J, p. 674.

³⁶⁴ CE 18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, p. 338.

³⁶⁵ P. Delvolvé, *La notion de directive*, art. préc.

lois et règlements”³⁶⁶. Il est vrai qu’ “en son état actuel, la théorie des directives contribue insuffisamment au développement du contrôle de légalité de l’action administrative”³⁶⁷.

En effet, insusceptibles de recours direct et ouvertes à la seule contestation par voie d’exception, au surplus réduite à leur adaptation au but du législateur et du pouvoir réglementaire, les directives occupent une place originale dans le droit de l’exception d’illégalité³⁶⁸.

L’examen des actes dont la critique est exclusivement autorisée par voie d’exception nous met en présence de constructions jurisprudentielles difficiles à cerner en théorie mais fort semblables en pratique. Dans les deux cas, l’acte initial, acte préparatoire ou directive, est jugé insusceptible d’un recours direct alors que ses effets de droits sont implicitement reconnus par l’admission de sa remise en cause lors du recours exercé contre la (ou les) mesure(s) dont il a permis l’édiction. C’est la présence d’un enchaînement juridique qui justifie l’exception d’illégalité de l’acte préparatoire ou de la directive.

Il est alors naturel de constater “une apparente similitude entre cette succession de textes pararéglementaires qui “préparent” l’adoption d’un acte final et la théorie des opérations administratives complexes (...). Dans les deux cas, l’opération ou le processus est formé par une série d’actes qui concourent à l’adoption d’un acte final dont les effets juridiques sont tenus pour certains”³⁶⁹.

La directive serait à l’acte préparatoire ce que le règlement est à l’acte non réglementaire et tous deux s’intégreraient à la théorie des opérations complexes³⁷⁰.

³⁶⁶ M. Fromont, note sous CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, *JCP* 1972, II, 17232.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Pour des exemples, v. outre l’arrêt *Crédit foncier de France*, CE 29 juin 1973, *Société Géo*, p. 453 ; *RDP* 1973, p. 547, note Waline ; *AJDA* 1973, p. 589, note Vier ; *D* 1974, J, p. 141, note Durupty ; CE 3 novembre 1976, *Aufaure*, p. 465.

³⁶⁹ D. Mockle, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, LGDJ 1984, p. 529.

³⁷⁰ Sur celle-ci, v. infra, Section II, p. 475 et s.

Le rapprochement n'est pas entièrement convaincant.

D'une part, l'impossibilité d'exercer un recours direct contre ces actes suffit à les distinguer des actes initiaux de l'opération complexe. C'est, en effet, en raison de l'existence d'une telle faculté et du caractère définitif de ces actes, que l'opération complexe a été créée afin d'en autoriser l'exception d'illégalité. "En principe, l'acte préparatoire ne fait pas grief et, point encore plus important, il est essentiellement un acte inachevé qui sera repris et intégré dans la décision finale. En comparaison, l'acte relevant d'une opération complexe est réellement distinct puisqu'il présente un caractère achevé et définitif, même si c'est pour une période provisoire"³⁷¹.

D'autre part, si la notion d'acte créateur de droits est admise comme critère de recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité³⁷², l'acte préparatoire et la directive, ne créant par nature aucun droit, peuvent voir leur légalité contestée indirectement sans condition de délai et sans recours à la théorie des opérations complexes.

La ressemblance est certaine mais le fondement différent. L'irrecevabilité du recours direct, comme la recevabilité de l'exception d'illégalité, tiennent à la nature originale de ces actes qui n'accèdent "qu'à moitié" à l'existence juridique. Le processus normatif dans lequel ils s'insèrent, témoigne du caractère opérant de leur exception d'illégalité lors du recours contre la décision qui le clôt. Ils participent au mieux d'un acte complexe mais non d'une opération complexe, strictement entendue.

Tout autre est le régime des actes dont l'exception d'illégalité n'est jamais possible.

³⁷¹ Ibid.

³⁷² V. infra, Section II, p. 495 et s.

Les actes en cause bénéficient d'une immunité juridictionnelle plus large encore que les précédents : ils sont, en fait, insusceptibles de tout recours. L'irrecevabilité de l'exception d'illégalité n'en est donc qu'un aspect. Les progrès du principe de légalité, grâce aux audaces du Conseil d'État, ont permis une réduction notable de ce champ de non-droit.

Il est remarquable qu'il associe en un même sort contentieux, les actes les plus infimes de la vie administrative, les mesures d'ordre intérieur, aux actes les plus éminents de l'ordre juridique, les actes de gouvernement et les actes législatifs. Cette dernière catégorie d'actes ne rentre pas dans le champ de la présente recherche consacrée aux actes administratifs³⁷³. Seuls doivent être étudiés les mesures d'ordre intérieur et les actes de gouvernement.

Des premières, il est plus facile de décrire le régime contentieux, une entière immunité juridictionnelle, que de donner une définition opérante. Tout au plus est-il possible de replacer cette notion, ô combien fonctionnelle, dans le débat sur les pouvoirs du juge face à l'administration. "La protection des agents et des usagers ne peut être assurée que dans le cadre de la légalité générale. Le juge administratif, contraint d'opérer la délicate conciliation entre cette protection et l'autonomie nécessaire au fonctionnement de toute institution, est alors conduit à fixer au cas par cas les limites instables de l'ordre interne sans autre critère que la normativité de l'acte incriminé ou la lésion d'un droit statutaire"³⁷⁴.

Le commentateur ne peut alors identifier de traits communs. "La mesure d'ordre intérieur n'est parfois même pas une décision : elle ne comporte pas de manifestation de volonté ; elle est simplement un aménagement de pur fait"³⁷⁵. Dans d'autres cas, elle "comporte bien une décision : elle résulte d'une manifestation de volonté d'une autorité administrative en vue de produire un

³⁷³ Sur leur exclusion et la délimitation du champ de l'étude, v. *supra*, Introduction, p. 25.

³⁷⁴ M. Hecquart-Théron, *De la mesure d'ordre intérieur*, AJDA 1981, p. 235.

³⁷⁵ P. Delvolvé, *Acte administratif*, RDCA, n° 199.

certain résultat, mais ce résultat n'affecte pas l'ordonnancement juridique, il n'entraîne aucune conséquence sur les droits et obligations des intéressés : il ne fait pas grief³⁷⁶.

En bref, les mesures d'ordre intérieur ne peuvent être désignées que sous un critère négatif : elles se situent à un niveau infra-juridique, on pourrait dire qu'elles concernent le domaine du "non-droit". Elles ne peuvent donc être considérées comme des actes juridiques³⁷⁷.

La conclusion contentieuse est aisée. "Les désagréments provoqués par les mesures dont s'agit sont, de façon plus ou moins convaincante selon les cas, considérés comme ne justifiant pas qu'on vienne s'en plaindre à justice. Comment le dire mieux qu'en latin ? "de minimis non curat praetor" ³⁷⁸. Il en résulte que "l'irrecevabilité du recours ne tient pas au fait que le requérant ne justifierait pas d'un intérêt lui donnant qualité à agir (même si, dans certains cas, il est possible de douter de l'existence d'un tel intérêt), ni à l'incompétence de la juridiction administrative (comme ce serait le cas s'agissant d'actes de gouvernement)"³⁷⁹.

Cela explique qu'elles "sont à tous égards insusceptibles de recours (...) et aussi de toute contestation indirecte : c'est-à-dire que l'illégalité qui les entacherait ne peut être utilement invoquée, ni à l'appui d'un recours formé contre une autre décision, ni au soutien d'une demande de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice qu'elles auraient causé"³⁸⁰. Force est cependant de constater que, souvent, le rejet de l'exception d'illégalité d'une mesure d'organisation d'un service, invoquée par un fonctionnaire y travaillant, est motivé par un défaut

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 508.

³⁷⁹ Ibid, n° 507.

³⁸⁰ Ibid, n° 509.

d'intérêt à agir, la mesure n'ayant pas porté atteinte à ses droits statutaires³⁸¹. Mais il s'agit d'une hypothèse particulière, le rejet intervenant par ailleurs pour irrecevabilité en raison de la nature de l'acte visé³⁸².

La vieille théorie des actes de gouvernement, dont les fondements et contours sont encore discutés, fournit un nouveau cas d'acte dont l'exception d'illégalité, pas plus que le recours en annulation, n'est recevable.

Une justification élégante a pu être trouvée à leur immunité juridictionnelle dans "le fait que les actes de gouvernement ne sont pas des actes administratifs. Comme Laferrière l'avait bien vu (...), ils concrétisent ce qu'est l'activité gouvernementale, en tant qu'activité distincte de l'activité administrative"³⁸³. Si l'argument ne permet pas de mieux cerner les contours de la notion, dans la mesure où reste à définir ce qu'est l'activité gouvernementale et ce que sont les actes qui la traduisent, du moins assure-t-il un fondement juridique au déni de justice constaté : "l'immunité des actes de gouvernement résulte de l'incompétence des juridictions administratives et judiciaires"³⁸⁴.

L'exception d'illégalité d'un tel acte ne peut donc prospérer devant le juge administratif qui la rejette pour incompétence. Cela ressort nettement de l'arrêt Rubin de Servens où, à l'appui du recours contre la décision du Président de la République créant un tribunal militaire à compétence spéciale, était contestée la légalité de la mise en oeuvre de l'article 16. "Par décision du 23 avril 1961, prise après consultation officielle du premier ministre et des présidents des assemblées et après avis du conseil constitutionnel, le Président de la République a mis en application l'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958 ; cette décision

³⁸¹ V. CE 19 juin 1936, Dorson, p. 671 ; CE 26 novembre 1937, Chauveau, p. 967 ; CE 11 mai 1938, Préfet de la Seine c/ Lanclos, p. 408 ; CE 18 mai 1938, Angelini, p. 429 ; CE 8 mars 1963, Mailhol, p. 147.

³⁸² V. CE Sect. 13 juillet 1962, Arnaud, p. 474 ; *AJDA* 1962, p. 545, chr. Galabert et Gentot.

³⁸³ R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, 8ème éd., Montchrestien 1994, n° 991.

³⁸⁴ Ibid.

présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'État ni d'apprécier la légalité ni de contester la durée d'application"³⁸⁵.

L'état du droit appelle d'autant moins de commentaires que, ne visant pas un acte réellement administratif, cette jurisprudence se fonde sur l'incompétence du juge et non sur l'irrecevabilité de l'exception, sujet de la présente étude.

Seules les mesures d'ordre intérieur jouissent d'une totale immunité juridictionnelle, le plus souvent motivée par leur nature propre, mais parfois aussi par le défaut d'intérêt à agir à leur encontre. La question est alors posée de l'exigence d'un intérêt à agir en matière d'exception d'illégalité.

d - L'intérêt à agir.

L'exigence d'une qualité pour agir donnant intérêt à agir se manifeste-t-elle spécifiquement à l'égard du moyen constitué par l'exception d'illégalité ?

Certains auteurs ont prétendu que non : "l'exception d'illégalité est un moyen tiré à l'encontre d'une seconde décision de l'illégalité d'une première décision ; dès lors, l'intérêt s'appréciant (...) par rapport aux conclusions et non aux moyens, il suffit que le requérant ait intérêt à attaquer la seconde décision : il est alors recevable à invoquer contre elle tout moyen, y compris l'illégalité d'une précédente décision"³⁸⁶.

L'affirmation mérite d'être nuancée. En effet, en matière de mesures d'organisation du service, critiquées incidemment par un fonctionnaire, le Conseil d'État oppose l'absence d'atteintes aux droits statutaires et rejette l'exception d'illégalité pour défaut de qualité donnant intérêt à agir.

³⁸⁵ CE Plén. 2 mars 1962, Rubin de Servens, p. 143. V. également CE 8 mars 1968, Société Rizeries indochinoises-Maïseries indochinoises, p. 167 ; CE 28 novembre 1968, Tallagrand, p. 607 ; D 1969, p. 386, note Silvera.

³⁸⁶ M. Galabert, concl. sur CE Sect. 29 avril 1964, Dufourniaud, JCP 1964, II, 13723.

Il semble, en réalité, que la solution soit entre ces deux positions extrêmes. Cela est avéré en cas de recours en appréciation de validité. Le juge recherche la qualité puis l'intérêt pour agir mais la détermination en est toutefois aisée : "le fait d'avoir été partie à l'instance principale constitue la condition nécessaire et suffisante pour saisir la juridiction administrative"³⁸⁷. Il n'en est autrement que "si le juge judiciaire a exclu une personne du nombre des protagonistes au procès principal, celle-ci ne [pouvant] se prévaloir de sa qualité de partie pour engager un recours en appréciation de validité (CE Ass. 12 février 1971, Fillaire, p. 122)"³⁸⁸. Quand à l'intérêt à agir, "il est suffisamment manifesté par l'existence du litige principal"³⁸⁹.

L'appréciation de l'intérêt à agir se fait donc, dans le cas d'une incompétence du juge de l'action sur l'exception, aux deux étapes du processus juridictionnel. Il y a deux intérêts à agir, le premier au principal, le second sur l'exception. Simplement, ce dernier est lié intimement au premier.

La situation est la même lorsque le juge de l'action est aussi juge de l'exception. Faute de toute étude de droit interne sur le sujet, il convient de se tourner vers le droit communautaire. "Il importe de distinguer, d'une part, l'intérêt à agir contre une décision individuelle, et, d'autre part, l'intérêt à invoquer, à cette occasion, une exception d'irrégularité contre la décision générale qui constitue le fondement juridique de ladite décision individuelle (...) en outre, il ne saurait être contesté qu'elles ont intérêt à agir puisque l'application de la décision générale litigieuse, sur laquelle sont fondées les décisions pécuniaires de sanctions, est de nature à porter atteinte à leurs intérêts"³⁹⁰.

Le raisonnement a été exposé par l'avocat général Lagrange dans des conclusions sur un arrêt de 1958 de la Cour de justice des Communautés

³⁸⁷ C. Guettier, *Recours en appréciation de validité*, JCA, Fasc. 1163, n° 33.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid, n° 36.

³⁹⁰ CJCE 18 mars 1980, Valsabbia c/ Commission, p. 907.

européennes : “lorsqu’une décision fait individuellement application à une entreprise d’une décision générale, l’intérêt de l’entreprise à contester la légalité de cette dernière, se trouve *ipso facto* prouvé”³⁹¹.

Il est donc bien nécessaire d’identifier un intérêt à agir sur l’exception d’illégalité. Celle-ci permettant de remettre en question la légalité d’un acte administratif, le plus souvent hors délai, pourrait conduire à des abus. Cependant, l’intérêt à agir se constate aisément. Le lien d’opérance, exigé pour justifier de l’utilité de statuer sur l’exception, l’établit évidemment. L’intérêt à agir au principal contre une décision d’application d’une autre prouve nécessairement l’intérêt à contester incidemment cette dernière.

Telles sont les remarques qu’appellent la règle de la décision préalable, le ministère d’un avocat, la motivation, la nature de l’acte concerné ou l’intérêt à agir, lorsqu’est étudiée la recevabilité d’une exception d’illégalité. L’originalité du régime de celle-ci y transparaît parfois. Mais ce sont les règles de recevabilité temporelle qui constituent le plus délicat problème. C’est à elles qu’il convient de s’attacher désormais.

L’exception d’illégalité confronte le juge à une question de droit seconde par rapport au litige dans lequel elle se produit. Les problèmes de délai sont, de ce fait, multiples.

Le juge de l’action doit, en premier lieu, établir la recevabilité temporelle de la contestation principale.

Il doit, en second lieu, apprécier la recevabilité du moyen de droit constitué par l’exception d’illégalité au regard de la jurisprudence Société Intercopie³⁹² qui interdit de soulever hors délai des moyens relevant d’une cause juridique nouvelle

³⁹¹ P. Lagrange, concl. sur CJCE 12 juin 1958, Compagnie des Hauts fourneaux de Chasse, p. 200.

³⁹² CE 20 février 1953, Société Intercopie, p. 88 ; S 1953, 3, p. 77, note M. L.

par rapport à celle visée par les moyens primitivement invoqués. Cette condition de recevabilité temporelle de l'exception concerne donc le recours principal.

Elle justifie un examen antérieur à celui auquel le juge est tenu, en dernier lieu, de procéder, relatif à la possibilité de remettre en cause par voie d'exception la légalité d'un acte administratif non attaqué directement. Les délais de recours en annulation des actes administratifs ont pour objet d'assurer la sécurité juridique, jugée préférable au strict respect du droit. L'ouverture sans limite du droit de les contester par voie d'exception pourrait s'avérer directement contraire à cet objectif. Des règles de délai régissent donc également la remise en cause indirecte de la légalité des actes administratifs.

La présentation successive de ces deux conditions temporelles s'impose.

SECTION I - LES CONDITIONS TEMPORELLES LIÉES AU RECOURS PRINCIPAL.

Depuis 1953, il ne suffit pas au requérant d'avoir déposé son recours dans le délai imparti. Qu'il s'agisse d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux, il faut encore qu'il ait pris soin de faire valoir dans sa requête introductive une argumentation suffisamment détaillée pour être ultérieurement complétée si nécessaire.

En effet, par l'arrêt Société Intercopie, le Conseil d'État a soumis la faculté de présenter hors délai de nouveaux moyens de droit à leur identité de cause juridique avec ceux énoncés dans le délai de recours. Deux causes juridiques sont ainsi distinguées en matière de recours pour excès de pouvoir, regroupant les vices de légalité externe et les vices de légalité interne.

Cette construction jurisprudentielle, fort restrictive pour les justiciables, a pour conséquence le rejet pour irrecevabilité des moyens de droit ne relevant pas de la même cause juridique que ceux présentés dans le délai. Mais pour peu que le requérant ait eu la prudence d'invoquer des moyens relevant de chacune des deux causes juridiques, sa faculté de les compléter ultérieurement reste entière.

L'exception d'illégalité d'un acte administratif constituant un moyen de droit entre dans le champ d'application de cette jurisprudence. Il importe donc, lorsqu'un plaideur désire soulever une telle exception après l'expiration des délais de recours, de déterminer sa cause juridique afin d'établir sa recevabilité au regard des moyens initialement exposés et, plus largement, au regard du délai de recours principal.

La question ne se pose pas, toutefois, lorsque l'exception d'illégalité apparaît devant une juridiction judiciaire. En effet, le juge de l'action, ayant compétence pour en apprécier la recevabilité, va procéder à cet examen au regard des règles de recevabilité propres à son ordre juridictionnel.

Or, en procédure civile, l'exception d'illégalité rentre dans la catégorie des exceptions de procédure, dont l'article 74 du code exige, qu'elles soient soulevées *in limine litis*³⁹³. Aucune exception d'illégalité ne peut donc être opposée ultérieurement, quelle que soit sa cause juridique.

Le juge pénal, quant à lui, a récemment considéré que l'exception d'illégalité relève de l'article 386 du code de procédure pénale, et doit donc être soulevée avant toute défense au fond³⁹⁴. Il en résulte également que la cause juridique de l'exception ne saurait influencer sur sa recevabilité après le dépôt des défenses au fond, puisque aucune exception n'est alors recevable.

Par ailleurs, le recours en appréciation de validité formé par les parties à la suite du jugement de renvoi, n'est pas soumis par le juge administratif au respect

³⁹³ V. Soc 3 juillet 1990, *Bull Civ*, V, n° 340.

³⁹⁴ V. Crim 18 janvier 1993, *D Pén* 1993, n° 171, obs. Maron ; Crim 17 février 1993, *D Pén* 1993, n° 164, obs. Robert.

de la jurisprudence Société Intercopie. “En effet, c’est la décision de sursis à statuer du juge du fond, et non pas les conclusions des parties, qui définit les questions soumises au juge de renvoi. L’étendue de la mission du juge est précisée par cette décision”³⁹⁵. Ainsi, “il n’est pas nécessaire que la requête contienne l’exposé de moyens. De ce fait, le requérant peut se contenter de demander au juge d’apprécier la validité de l’acte”³⁹⁶. “Dans la mesure où le renvoi délimite la mission du juge administratif (...) les questions soumises au juge de renvoi, sont définies non par les parties, mais par la décision de sursis à statuer du juge du fond. L’argumentation des requérants doit donc s’inscrire dans le cadre ainsi tracé”³⁹⁷.

Le problème de la recevabilité d’une exception d’illégalité au regard de sa cause juridique est ainsi propre à l’exception invoquée au cours d’un litige pendant devant un juge administratif. Son règlement n’est pas univoque.

En droit administratif, “la rigueur des conséquences, quant à la détermination des moyens invocables, de l’expiration du délai en cours d’instance est atténuée par l’existence de nombreux moyens d’ordre public (...). Le requérant peut, en effet, se prévaloir, en tout état de la procédure, de moyens d’ordre public, même s’ils sont constitutifs de demandes nouvelles”³⁹⁸.

Or, précisément, certains auteurs ont soutenu que, par elle-même, toute exception d’illégalité est un moyen d’ordre public, ce qui pourrait justifier dans la situation présente, une mise à l’écart de la jurisprudence Société Intercopie.

L’examen de cette conception doctrinale doit donc être mené préalablement pour le cas où elle se révélerait exacte. Mais tel n’étant pas le cas, le problème de

³⁹⁵ C. Guettier, *Recours en appréciation de validité*, JCA, Fasc. 1163, n° 26.

³⁹⁶ Ibid, n° 42.

³⁹⁷ Ibid, n° 43.

³⁹⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 585.

la cause juridique des moyens de droit invoqués au soutien de l'exception d'illégalité ne peut être évité.

§ 1 - L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ N'EST PAS, EN SOI, PERPÉTUELLE PAR RAPPORT AU RECOURS PRINCIPAL.

La doctrine qui voit dans toute exception d'illégalité d'un acte administratif un moyen d'ordre public s'est focalisée sur le seul cas de l'excès de pouvoir. Semblable position est, en effet, difficilement défendable en matière de plein contentieux. Seule la responsabilité sans faute est considérée par le juge administratif comme un moyen d'ordre public, échappant à la jurisprudence Société Intercopie. Or, le cas de la responsabilité provoquée par une illégalité est manifestement une responsabilité pour faute. Cela explique que dans les développements qui vont suivre sera seule étudiée l'exception d'illégalité dans le cadre de l'excès de pouvoir. Le contentieux de la responsabilité est incompatible avec la construction théorique en cause.

La doctrine ayant considéré l'exception d'illégalité comme étant par elle-même perpétuelle, c'est-à-dire comme un moyen d'ordre public, est très minoritaire. Il semble même qu'elle ne soit plus guère représentée aujourd'hui. Toutefois, par son originalité et par sa relative virulence passée, elle mérite un examen attentif qui ne peut que conduire à son rejet.

A - Exposé de la théorie présentant l'exception d'illégalité comme un moyen d'ordre public.

La catégorie des moyens d'ordre public couvre les "moyens que le juge a ainsi qualifiés, en raison de la gravité des illégalités qu'ils traduisent, de façon que

ces illégalités puissent être censurées en tout état de cause : la partie qui estime y avoir intérêt pourra les invoquer en tout état de la procédure, même pour la première fois en appel (ou en cassation) ; et, s'il y a lieu, le moyen sera d'office relevé par le juge, en tout état également de la procédure ; il en a l'obligation"³⁹⁹.

Or, "s'agissant des illégalités susceptibles d'affecter l'action administrative, le principe est que les moyens qui leur correspondent ne sont pas d'ordre public"⁴⁰⁰. Seuls, certains d'entre eux le sont.

Pour considérer qu'une exception d'illégalité constitue un tel moyen, quelle que soit la nature des vices entachant l'acte qu'elle vise, il est donc nécessaire de l'identifier, par elle-même à l'un des vices de légalité classiquement qualifié de moyen d'ordre public.

L'exposé le plus achevé de la réflexion en ce sens se trouve dans la thèse de M. Debouy, consacrée aux "moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse"⁴⁰¹.

Cet auteur considère que l'illégalité de l'acte servant de fondement à l'acte attaqué au principal constitue, en toute hypothèse, une violation du champ d'application de la loi, moyen classiquement qualifié d'ordre public.

C'est sur une réinterprétation de la notion recouverte par ce moyen - notion ambiguë dans sa conception traditionnelle - que le raisonnement est érigé.

Reprenant les conclusions de M. Bernard sur l'affaire Delteil⁴⁰², selon lequel il y a violation du champ d'application de la loi non pas en cas "d'une simple violation de la loi, d'une fausse application de la loi mais d'une inapplicabilité de la loi", M. Debouy a proposé de distinguer une inapplicabilité relative d'une inapplicabilité absolue de la loi.

³⁹⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, 8ème éd., Montchrestien, 1994, n° 1038.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 1980, Tome 9.

⁴⁰² V. CE 21 mars 1958, Delteil, p. 189, concl. Bernard.

“Il peut y avoir inapplicabilité lorsque le texte n’a pas été prévu pour régir la situation d’espèce ; on parlera alors d’inapplicabilité relative. Mais l’inapplicabilité peut également provenir de l’illégalité entachant l’acte-règle ou même du fait que celui-ci n’a pas encore ou n’a plus de place dans l’ordonnement juridique ; dans cette hypothèse, l’inapplicabilité est absolue et non plus uniquement relative à l’espèce en cause”⁴⁰³. En d’autres termes, “l’inapplicabilité absolue se distingue de l’inapplicabilité relative en ce que, contrairement à cette dernière, l’acte-règle servant de base à la décision attaquée, ne produit encore, ou ne produit plus d’effets dans l’ordonnement juridique. Alors que dans l’inapplicabilité relative la règle [est] insusceptible de régir une espèce donnée, mais [peut] s’appliquer à d’autres, ici la norme est inapplicable *erga omnes*”⁴⁰⁴.

S’interrogeant sur le point de savoir si “le moyen tiré de la méconnaissance du champ d’application de la loi correspond (...) à ces deux types d’inapplicabilité, ou seulement à l’un d’entre eux”, l’auteur reconnaît que le commissaire du gouvernement Bernard dans ses conclusions précitées “n’a pas explicitement abordé la question. Mais de la définition donnée de l’inapplicabilité relative ainsi que des exemples avancés, il ressort que seule l’inapplicabilité relative était concernée. Le plus souvent, d’ailleurs, la définition donnée par les auteurs du moyen d’ordre public tiré du champ d’application de la loi confirme cette idée : le champ d’application de la loi est méconnu lorsque l’administration “prend un acte en se fondant sur un texte inapplicable à l’espèce”⁴⁰⁵.

L’unanimité doctrinale ne convainc pas l’auteur car “cette théorie (...) est partielle au regard de la jurisprudence. La notion d’inapplicabilité d’ordre public regroupe aussi l’inapplicabilité absolue (...). Le juge n’hésite pas à relever d’office

⁴⁰³ C. Debouy, op. cit., p. 110.

⁴⁰⁴ Ibid, p. 118.

⁴⁰⁵ Ibid, p. 111. L’auteur cite *in fine* J. Puisoye, *Le contentieux administratif*, 1969, p. 98 et 100.

l'inapplicabilité absolue du texte mis en oeuvre, ou dont un requérant réclame l'application"⁴⁰⁶.

La question rebondit alors : si le juge soulève d'office l'exception d'illégalité d'un acte administratif est-ce parce que cet acte est entaché lui-même d'un moyen d'ordre public, ou, plus largement parce que toute illégalité de l'acte servant de base à celui dont l'annulation est poursuivie, constitue à l'égard de ce dernier un moyen d'ordre public, en tant qu'il se fonde sur une norme illégale et donc inapplicable en vertu de la jurisprudence Ponard⁴⁰⁷?

"Le problème peut être formulé de la manière suivante : la nature du vice affectant l'acte-règle a-t-elle une importance dans le caractère d'ordre public de l'inapplicabilité absolue ? En d'autres termes, ce vice doit-il présenter un caractère d'ordre public pour que le juge puisse le soulever d'office ? Ou bien, au contraire, tout vice, quel qu'il soit, ne suffirait-il pas à rendre l'acte-règle inapplicable, cette inapplicabilité absolue constituant alors le moyen d'ordre public ? Il faut bien admettre qu'une lecture rapide des arrêts pourrait amener à répondre affirmativement aux deux premières questions et négativement à la dernière"⁴⁰⁸.

S'appuyant sur la jurisprudence pour étayer sa démonstration, M. Debouy conclut. "Le moyen d'ordre public ne réside pas précisément dans le vice qui entache le texte dont l'administration veut faire application (ou dont le requérant demande le bénéfice), mais dans l'inapplicabilité absolue qui en est la conséquence. L'inapplicabilité, moyen d'ordre public, n'apparaît alors que comme la conséquence d'irrégularités diverses dont le seul point commun est de rendre le texte invoqué absolument inapplicable, et, partant, les décisions d'application illégales"⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ CE Sect. 14 novembre 1958, Ponard, p. 554, consacrant l'obligation pour l'administration de s'abstenir spontanément d'appliquer un règlement illégal. C'est nous qui rattachons la démonstration à cette jurisprudence.

⁴⁰⁸ C. Debouy, op. cit, p. 119.

⁴⁰⁹ Ibid, p. 129.

“En définitive, la cause de l’inapplicabilité n’est pas l’élément prépondérant dans le caractère d’ordre public de notre moyen d’ordre public”⁴¹⁰.

Cette construction doctrinale, quoique largement minoritaire, synthétise et conceptualise l’opinion de quelques auteurs qui, antérieurement, s’étaient prononcés dans le même sens.

Ainsi, le commissaire du gouvernement Letourneur affirmait-il dans ses conclusions sur l’arrêt Boyer de 1953⁴¹¹ que “quand l’auteur d’une décision individuelle, dont la légalité est attaquée devant vous, se fonde, pour défendre cette légalité, sur les dispositions d’un texte réglementaire dont la décision individuelle ne serait que l’application pure et simple, il vous appartient d’examiner d’office la légalité du texte réglementaire”. Dans des observations sous un arrêt ultérieur, M. Landon remarquait que “la décision individuelle est dans un état de subordination telle par rapport au règlement qui l’a prévue que, si ce règlement est atteint d’une quelconque irrégularité de forme ou irrégularité de fond, le juge est en droit de censurer d’office l’excès de pouvoir”⁴¹².

Il est pourtant remarquable que le bel édifice théorique n’ait séduit ni la doctrine ni le juge administratif qui ne l’a guère consacré en principe. La raison en est simple : il ne résiste pas à un examen attentif.

B - Critique de la théorie.

Les tenants de la théorie présentée ont eu le mérite de faire apparaître la principale ambiguïté du régime des moyens d’ordre public en matière d’exception d’illégalité. Comment admettre, en effet, qu’une exception soit soulevée d’office

⁴¹⁰ Ibid, p. 130.

⁴¹¹ V. CE Sect. 3 juillet 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur.

⁴¹² P. Landon, obs. sous CE 2 juillet 1971, Beigne, *AJDA* 1972, p. 177.

par le juge alors que le vice qui entache l'acte en cause ne constitue apparemment pas une illégalité d'ordre public de l'acte attaqué au principal ?

Il n'est pas évident d'admettre que, sous prétexte que l'exception d'illégalité porte sur un moyen d'ordre public, le juge soit autorisé à la soulever d'office, alors que son pouvoir se limite normalement aux vices d'ordre public entachant l'acte dont l'annulation est recherchée.

La démonstration de M. Debouy présente l'intérêt de réintroduire la notion de moyen d'ordre public quant à l'acte attaqué lui-même et, ainsi, de donner une cohérence à la solution jurisprudentielle. Elle n'est pourtant pas elle-même satisfaisante.

D'une part, la jurisprudence lui est certainement contraire, d'autre part, elle s'appuie sur une conception par trop extensive de la notion de violation du champ d'application de la loi.

1 - Une solution non consacrée par le juge.

M. Debouy semble avoir librement interprété la jurisprudence qu'il avance au soutien de sa thèse. Il a par ailleurs écarté un certain nombre de solutions qui, indirectement, s'opposent à son affirmation.

a - Une jurisprudence citée contraire.

A en croire l'auteur "une lecture rapide des arrêts" pourrait seule laisser penser que le juge ne soulève d'office une exception d'illégalité que lorsque l'acte en cause est entaché d'un moyen d'ordre public. Pourtant une lecture attentive montre que tous les arrêts cités reprennent le raisonnement.

Cela est évident pour ceux dans lesquels l'acte-règle est entaché d'une incompétence, moyen d'ordre public incontestable. Il est, à cet égard, remarquable

que ce vice fournit l'essentiel de l'argumentation matérielle de l'auteur, qui concède d'ailleurs "que cette jurisprudence (...) ne conforte que partiellement [sa] théorie"⁴¹³.

Quant aux autres vices de légalité externe, qui ne sont pas des moyens d'ordre public et qui constituent néanmoins le motif de nombreuses déclarations d'illégalité, M. Debouy ne peut citer qu'un modeste jugement du tribunal administratif de Grenoble sur la seule foi de sa publication dans un quotidien⁴¹⁴.

L'analyse des arrêts prétendument relatifs aux vices de légalité interne de l'acte visé par l'exception conforte l'impression. Il en ressort, en effet, que le juge y a systématiquement caractérisé l'existence d'un moyen d'ordre public, qu'il s'agisse d'une rétroactivité illégale⁴¹⁵, d'une incompétence⁴¹⁶, d'une violation du champ d'application de la loi entendue stricto sensu⁴¹⁷ ou d'une violation de l'autorité absolue de chose jugée⁴¹⁸.

Une telle argumentation ne peut alors fournir une base solide à la démonstration et il faut toute l'habileté dialectique de l'auteur pour tenter de convaincre de la méprise du juge.

Son raisonnement, à propos d'un jugement où est relevée une incompétence dans l'acte visé par l'exception d'illégalité, n'est guère convaincant. "La formule est malheureuse car si l'incompétence constitue effectivement un

⁴¹³ C. Debouy, op. cit, p. 121.

⁴¹⁴ TA Grenoble, 19 mai 1976, Ruffier des Aimes, *Le Monde* 6 et 7 juin 1976.

⁴¹⁵ V. CE Ass. 31 octobre 1958, Vergne, p. 516 ; CE Sect. 8 novembre 1968, Ministre des finances c/ Menez, p. 557 ; *AJDA* 1969, p. 306, obs. V.S. ; CE Sect. 5 février 1971, Mégard, p. 113 ; *AJDA* 1971, p. 359 ; CE 11 juin 1971, Assistance publique à Paris c/ Duvoisin, *AJDA* 1972, p. 482, obs. Landon.

⁴¹⁶ V. CE 19 octobre 1962, Syndicat national autonome des personnels du conseil supérieur de la pêche, p. 554 ; CE 16 décembre 1970, Élections des délégués d'enseignement et de recherche à l'assemblée consultative de l'université de Limoges, p. 766. Relativement à ce dernier arrêt l'auteur affirme que "bien que dans ses considérants, le Conseil d'État déclare le décret entaché d'incompétence, l'abstrait de l'arrêt au Recueil Lebon note avec raison qu'il s'agit d'une violation directe de la règle de droit". La démonstration du juge dans l'arrêt est cependant axée sur le problème de l'incompétence.

⁴¹⁷ V. CE 9 juin 1958, Société Costa frères, p. 325 ; CE Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274 ; *AJDA* 1974, p. 298, chr. Franc et Boyon ; *RA* 1974, p. 440, note Moderne ; *D* 1975, p. 393, note Tedeschi ; *RDP* 1975, p. 467, note Waline.

⁴¹⁸ V. CE 22 mars 1961, Simonet, p. 211.

moyen d'ordre public, la décision attaquée n'était pas entachée d'incompétence. Le moyen d'annulation n'était donc pas l'incompétence mais l'illégalité de la base légale invoquée, ce qui est tout à fait différent car la cause de cette illégalité peut tout aussi bien, ainsi que nous l'avons montré, résider dans des vices soulevant ou non une question d'ordre public⁴¹⁹. La jurisprudence ne permet pas une telle certitude. Elle justifie même l'opinion contraire.

Car un certain nombre de solutions indirectement contraires à la démonstration n'ont pas été retenues.

b - Une jurisprudence contraire écartée.

Affirmer que toute exception d'illégalité constitue un moyen d'ordre public à l'égard de l'acte dont l'annulation est poursuivie, c'est oublier que le juge a nettement pris position en sens contraire.

Cela ressort nécessairement de la jurisprudence très fournie⁴²⁰ où il fait application de l'arrêt Société Intercopie et rejette une exception d'illégalité comme reposant sur une cause juridique nouvelle. Si l'exception d'illégalité formait un moyen d'ordre public, cela a été montré, cette jurisprudence ne jouerait pas.

Par ailleurs, contraint de rejeter un recours en fonction des seuls moyens invoqués par les requérants, mais désireux de montrer à ceux-ci qu'un vice entachait la décision dont l'acte attaqué n'est qu'une application, le juge s'est quelquefois permis des formules originales, traduisant l'impossibilité pour lui de soulever d'office l'exception d'illégalité, faute pour elle d'être un moyen d'ordre public.

⁴¹⁹ C. Debouy, op. cit., p. 130.

⁴²⁰ V CE 1er juillet 1955, Brenier, p. 376 ; CE 23 mai 1956, Dame Veuve Ginestet, *AJDA* 1956, p. 164, concl. Kahn, p. 223, obs. Fournier et Braibant ; CE 12 février 1958, Valade, p. 93 ; CE 16 mai 1958, Commune de Marnia, p. 274 ; CE 7 octobre 1964, Meyer, p. 967 ; CE 1er juillet 1985, E, *RJF* 1985, n° 1297.

Il suffit de citer, à cet égard, un arrêt Most de 1963 : “Si les articles 1 et 7 du décret du 1er août 1931 disposent que les membres des conseils d’enquête doivent être plus anciens dans le grade que l’officier qui y est déféré (...) ces dispositions ne sont pas applicables, à défaut d’un texte en étendant l’application au conseil supérieur de la guerre, aux instances disciplinaires engagées devant cet organisme ; ainsi le requérant, qui ne conteste pas la légalité du décret du 31 janvier 1950 portant organisation du conseil supérieur de la guerre, n’est pas fondé, par les moyens qu’il invoque, à soutenir que le conseil supérieur de la guerre aurait été irrégulièrement composé”⁴²¹.

En outre, comme le reconnaît lui-même M. Debouy, “la jurisprudence actuelle qui rejette l’exception de l’acte particulier présentée par le requérant lorsque le délai de recours contre cet acte est expiré, implique que ce moyen n’est pas d’ordre public”⁴²². Plus encore, s’agissant d’une condition de recevabilité, donc d’ordre public, le juge soulève d’office ce caractère tardif⁴²³, tout comme il sanctionne spontanément le caractère non réglementaire, et donc insusceptible de recours, d’une circulaire contestée par voie d’exception⁴²⁴.

En fait, si la proposition de M. Debouy est contredite, contrairement à son opinion, par la jurisprudence, ce n’est pas tant parce qu’elle n’est pas encore reprise par le juge, mais plutôt parce qu’elle ne saurait l’être. Elle n’est pas plus satisfaisante “de lege ferenda” que “de lege lata”.

⁴²¹ CE Sect. 23 mars 1963, Most, p. 202. V. également, CE 7 février 1890, Dame veuve Berdoulat, p. 122 ; CE 14 janvier 1916, Dame Cohen, p. 18 ; CE 11 janvier 1918, Debuische, p. 20 ; CE 25 janvier 1918, Salle, p. 61 ; CE 14 juin 1918, Cigrand, p. 584 ; CE 13 décembre 1918, Journal de Chartres, p. 1140 ; CE 24 octobre 1919, Pouade, p. 764 ; CE 15 avril 1959, Dame Frescaline, p. 900. V. devant le juge pénal, Crim 5 février 1953, *Bull Crim*, n° 40 ; Crim 10 octobre 1978, *Bull Crim*, n° 266 ; D 1979, IR, p. 37, obs. Puech ; et devant le juge civil, Civ 1ère 10 décembre 1962, *Bull Civ I*, n° 530 ; Civ 3ème 19 février 1974, *Bull Civ II*, n° 82 ; Civ 3ème 21 janvier 1984, *Bull Civ III*, n° 24.

⁴²² C. Debouy, op. cit., p. 132.

⁴²³ V. CE 10 mai 1957, Enjalbert, p. 304.

⁴²⁴ V. CE 24 janvier 1975, Machiart, p. 1224.

2 - Une conception trop extensive de la notion de violation du champ d'application de la loi.

La construction de M. Debouy repose sur une conception par trop extensive de la notion de violation du champ d'application de la loi. La présentation qu'il en fait ne diffère pas seulement en degré de la conception classique, elle en bouleverse jusqu'à la nature.

Il importe de retourner aux sources. L'auteur cite les conclusions de M. Bernard sur l'arrêt Delteil⁴²⁵, selon lequel le moyen ne se déduit pas "d'une simple violation de la loi, d'une fausse application de la loi, mais d'une inapplicabilité de la loi". Néanmoins, cet auteur, comme toute la doctrine, détermine l'existence d'une violation du champ d'application de la loi lorsque "la loi a été appliquée à un acte, à une situation ou à une catégorie qu'elle ne régit pas, ou encore en dehors de ses limites dans le temps et l'espace".

La distinction proposée par M. Debouy entre l'inapplicabilité relative, qui vise le cas où un texte applicable a été mis en oeuvre dans une situation qu'il ne régissait pas, et l'inapplicabilité absolue, caractérisant l'inapplicabilité d'un texte à quelque situation que ce soit, est très remarquable par sa justesse.

Elle n'en constitue pas moins la cause d'un premier glissement de la notion de violation du champ d'application de la loi. En effet, elle permet à l'auteur d'introduire dans l'inapplicabilité absolue, l'hypothèse de l'illégalité du texte, qui, en vertu de la jurisprudence Ponard, ne peut plus être appliqué. Bien qu'intéressante, cette extension de la notion, est infondée.

Elle procède, en effet, par le biais d'un déplacement de celle-ci. Il n'est pas indifférent que le terme de "champ" disparaisse de l'exposé alors qu'il est au coeur du problème. La violation du champ d'application de la loi vise toute application erronée d'un texte, c'est-à-dire toute application d'un texte en dehors de son

⁴²⁵ A. Bernard, concl. sur CE Sect. 21 mars 1958, Delteil, p. 189.

champ d'action spatial - ou matériel - et temporel. Cela recouvre certes une inapplicabilité relative et une inapplicabilité absolue mais cela exclut l'inapplicabilité pour cause d'illégalité de l'acte, qui ne concerne pas le champ d'application de celui-ci.

Le glissement est d'autant plus manifeste que M. Debouy, conscient de l'inadéquation de l'expression de "champ d'application de la loi" au domaine qu'il veut lui assigner, lui substitue celle, beaucoup plus large et non conforme à la jurisprudence, d'inapplicabilité. "Le moyen d'ordre public ne réside pas précisément dans le vice qui entache le texte dont l'administration veut faire application (ou dont le requérant demande le bénéfice) mais dans l'inapplicabilité absolue qui en est la conséquence. *L'inapplicabilité, moyen d'ordre public*⁴²⁶, n'apparaît alors que comme la conséquence d'irrégularités diverses dont le seul point commun est de rendre le texte invoqué absolument inapplicable et, partant, les décisions d'application illégales"⁴²⁷.

Dans la construction ainsi présentée, ce n'est plus la violation du champ d'application de la loi qui justifie l'existence d'un moyen d'ordre public mais une nouvelle notion, qui englobe la précédente, l'inapplicabilité de la loi. Forcée de toute pièce pour les besoins de la démonstration, elle ne peut être qualifiée de moyen d'ordre public, faute pour le juge de pouvoir la consacrer.

L'ambiguïté dénoncée, relative au jeu des moyens d'ordre public dans le cadre des exceptions d'illégalité, ne peut que persister dans la jurisprudence actuelle.

Les vices d'ordre public entachant l'acte objet de l'exception d'illégalité ne constituent pas nécessairement des illégalités de même nature dans l'acte attaqué. Inversement, tout vice de l'acte contesté par voie d'exception, ne

⁴²⁶ C'est nous qui soulignons.

⁴²⁷ C. Debouy, op. cit., p. 129.

représente pas une illégalité d'ordre public de celui dont l'annulation est poursuivie. Il reste toutefois que le juge accepte de soulever d'office, ou que le requérant soulève hors délai, les illégalités d'ordre public qui entachent le premier acte.

Cela peut s'expliquer simplement au regard de la notion de moyen d'ordre public et des liens unissant les actes en cause. Car si le moyen d'ordre public est celui qui présente une importance telle que le juge ne saurait tenir compte de l'acte qui en est entaché sans faillir à sa mission qui est de statuer conformément aux règles juridiques fondamentales, cette définition implique qu'à quelque niveau que ce soit de l'application de l'acte, son vice soit sanctionné.

Dès lors, quoique l'acte d'application ne soit pas lui-même entaché du même vice, le juge qui ne relèverait pas l'illégalité d'ordre public de l'acte-règle manquerait à sa mission. Le vice se propage d'acte en acte, il peut changer de nature⁴²⁸, mais il subsiste dans l'acte originel et le juge ne saurait admettre que ce dernier soit appliqué sans vider de son sens la notion de moyen d'ordre public.

L'exception d'illégalité peut être soulevée d'office par le juge. Les parties peuvent également l'invoquer bien que les délais de recours au principal soient expirés et que le vice repose sur une cause juridique distincte de celle des moyens invoqués initialement. Il n'en est cependant ainsi qu'en cas de vice d'ordre public entachant l'acte objet de l'exception.

Le problème de la cause juridique de l'exception d'illégalité ne peut donc être éludé puisque, hors cette hypothèse, joue la jurisprudence Société Intercopie. Une exception d'illégalité invoquée hors délai de recours doit reposer sur une cause juridique déjà soulevée, sous peine d'irrecevabilité temporelle.

⁴²⁸ Sur ce changement, v. infra § 2, p. 420 et s.

§ 2 - L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ DOIT REPOSER SUR UNE CAUSE JURIDIQUE DÉJÀ SOULEVÉE DANS LE RECOURS PRINCIPAL.

Ayant exercé dans le délai, un recours pour excès de pouvoir ou un recours de pleine juridiction, un requérant, désireux de compléter ultérieurement son argumentation par l'invocation d'une exception d'illégalité, doit pouvoir rattacher celle-ci à une cause juridique déjà soulevée. Tel est le sens de la jurisprudence Société Intercopie⁴²⁹ en matière d'excès de pouvoir et de l'arrêt Jourda de Vaux en matière de plein contentieux⁴³⁰.

Cependant, la notion de cause juridique de la demande en justice, qui détermine la recevabilité des moyens soulevés hors délai, est relativement ambiguë.

Elle doit, en premier lieu, être distinguée de l'objet de la demande. "L'objet de la demande est ce à quoi il sera fait droit, en cas de succès de la requête, dans le dispositif de la décision de justice, tandis que la cause de la demande correspond à ce qui sera la motivation de cette décision. L'objet de la demande, c'est ce que l'on désire obtenir : une indemnité, une annulation, par exemple ; la cause de la demande, c'est le fondement juridique que l'on invoque pour exiger comme un droit ce qui fait l'objet de la demande"⁴³¹.

En d'autres termes, "la cause, c'est le fait juridique qui justifie la demande, la catégorie de droit qui sert de fondement à la prétention et sur laquelle se prononcent les juges saisis de la question"⁴³².

Elle diffère ensuite de la notion de moyen "qui n'est qu'un argument tendant à établir le bien-fondé de la cause de la demande"⁴³³. "La cause ne s'identifie pas

⁴²⁹ V. CE 20 février 1953, Société Intercopie, p. 88 ; S 1953, 3, p. 77, note M.L.

⁴³⁰ V. CE 16 mai 1924, Jourda de Vaux, p. 483.

⁴³¹ M. Waline, note sous CE 20 juin 1958, Guimezanes et 25 juin 1958, Bilger, *RDP* 1959, p. 108.

⁴³² Guionin, concl. sur CE Sect. 12 juillet 1955, Grunberg, p. 407.

⁴³³ M. Waline, note préc.

avec le moyen qui en est le support, elle le dépasse et le déborde, puisqu'elle constitue la catégorie dont le moyen n'est qu'un élément, ou, si l'on veut, un mode particulier d'expression"⁴³⁴.

Cependant, cette dernière distinction n'est pas aisée. En effet, "la notion de cause juridique ne saurait être fondée sur la simple ressemblance que peuvent avoir, comparés l'un à l'autre, les différents moyens d'une requête. La cause juridique n'est pas une famille de moyens, pas plus qu'elle n'est un assemblage de moyens : c'est une notion qui, ou bien transcende la notion de moyen, ou bien n'a pas de sens"⁴³⁵.

La jurisprudence a donc dû opérer un regroupement raisonné des moyens de droit invoqués à l'appui d'un recours. Si son oeuvre est claire et aisément utilisable en matière de recours pour excès de pouvoir, elle est très imprécise en plein contentieux. Il n'en reste pas moins que la cause juridique d'une exception d'illégalité est identifiable dans l'un et l'autre contentieux.

A - La cause juridique de l'exception d'illégalité dans le recours pour excès de pouvoir.

Depuis l'arrêt Société Intercopie, le juge de l'excès de pouvoir distingue deux causes juridiques. La première regroupe les vices de légalité externe que sont le vice de procédure, le vice de forme et l'incompétence, la seconde, les vices de légalité interne caractérisés par la violation directe de la loi, l'erreur de droit, l'erreur dans la qualification juridique des faits, l'erreur de fait et le détournement de pouvoir.

⁴³⁴ Guionin, concl. préc.

⁴³⁵ J. Kahn, concl. sur CE 23 mars 1956, Dame veuve Ginestet, *AJDA* 1956, II, p. 164.

La distinction des ces deux causes est le plus souvent justifiée par les griefs faits à l'acte qui se traduisent par les conséquences différentes d'une annulation sur leur fondement.

“Le requérant qui entend faire censurer l'irrégularité d'un acte administratif (son illégalité externe) ne demande pas exactement la même chose que celui qui prétend en faire constater l'illégalité interne. Celui-ci dénie tout droit à l'administration de faire ce qu'elle a fait ; celui-là lui fait seulement grief de l'avoir fait comme elle l'a fait, et cette distinction peut, à la rigueur, se traduire en termes juridiques, s'il est vrai que lorsqu'un acte est annulé pour une illégalité externe, l'administration peut, en général, le refaire sans violer l'autorité de la chose jugée par le juge de l'excès de pouvoir⁴³⁶.

Au regard de cette classification, comment interpréter l'exception d'illégalité d'un acte administratif ? Sa cause juridique, par rapport aux autres moyens de droit, invoqués contre l'acte attaqué au principal, est-elle toujours une illégalité externe ? toujours une illégalité interne ? ou dépend-elle de la nature des vices entachant l'acte qui en est l'objet ? ou de l'incidence de cet acte sur celui dont l'annulation est poursuivie ?

L'examen de la jurisprudence amène à conclure que les vices de l'acte excipé d'illégalité constituent indifféremment des vices de légalité externe ou interne de l'acte attaqué. La solution dépend en fait de l'incidence du premier acte sur le second.

1 - Les vices de l'acte contesté par voie d'exception constituent indifféremment des illégalités externes ou internes de l'acte attaqué.

Des arrêts dans lesquels le juge administratif s'est interrogé sur la cause juridique de l'exception d'illégalité soulevée devant lui, il ressort que son

⁴³⁶ J. Kahn, concl. préc.

raisonnement l'a conduit à reconnaître que les vices de l'acte excipé d'illégalité constituaient aussi bien des illégalités externe qu'interne de l'acte attaqué.

Relativement aux illégalités externes, le juge a censuré, à la suite de la déclaration d'illégalité d'un autre, l'acte attaqué comme entaché d'un vice de procédure⁴³⁷ ou d'une incompétence⁴³⁸.

Il n'a pas hésité non plus à annuler des actes pour erreur de droit après avoir constaté l'illégalité d'un autre⁴³⁹. Il semble, cependant, qu'il n'ait jamais eu l'occasion de prononcer des annulations pour erreur de fait ou détournement de pouvoir dans une telle situation. Ce phénomène ne permet pas d'en déduire l'impossibilité pour le juge de le faire. Mais il semble que le mécanisme de

⁴³⁷ V. CE 18 avril 1905, Élections de Guagno, p. 408 ; CE 28 novembre 1952, Brandebourg, p. 536 ; CE 23 mai 1958, Guyot, p. 300 ; CE 23 février 1962, Revers, p. 202 ; D 1962, p. 400, note Hamon ; CE 23 novembre 1962, Camara, p. 627 ; *AJDA* 1962, p. 666, chr. Gentot et Fourré ; CE 13 juillet 1967, Bouillier, p. 312 ; CE 9 novembre 1973, Perroux, p. 630 ; CE 21 novembre 1973, Ministre de l'agriculture c/ Friren, p. 653 ; CE 12 mai 1976, Bauchet, p. 242 ; CE 25 juillet 1980, Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire, p. 346 ; CE 23 mai 1981, Lequerre, p. 659 ; CE 8 janvier 1982, SARL chocolat de régime Dardenne, p. 1 ; CE 1er juillet 1983, Raveau, p. 288, concl. Robineau ; *RA* 1984, p. 46, note Pacteau.

⁴³⁸ V. CE 27 décembre 1901, Bernard, p. 923 ; CE 30 novembre 1951, Bonnet, p. 562 ; CE 3 juillet 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur ; CE 7 avril 1954, Bignault, p. 218 ; CE 1er octobre 1954, Dame Bonnetblanc, p. 491 ; CE 4 juillet 1955, Dame veuve Liévrard, p. 387 ; CE 6 novembre 1959, Coopérative laitière de Belfort, p. 581 ; CE 2 novembre 1962, Géraud, p. 587 ; CE 28 février 1964, Fédération de l'éducation nationale, p. 150 ; CE 22 juin 1966, Houillères du bassin d'Aquitaine, p. 413 ; CE 13 juillet 1968, Moreau, p. 441 ; CE 18 décembre 1970, STACI, p. 779 ; CE 31 mai 1972, Demoiselle Martin, p. 285 ; CE 16 janvier 1976, Dujardin, p. 44 ; CE 31 octobre 1980, Fédération nationale des unions de jeunes avocats, p. 394 ; CE 14 janvier 1987, Gosset, p. 539 ; CE 27 avril 1987, Ministre du budget c/ Société "Mercure Étoile-Paris", p. 147 ; CE 22 janvier 1988, Commune de Levallois-Perret, p. 570 ; CE 27 juillet 1990, Ministre de l'agriculture c/ Société coopérative agricole "Coop 2000", *AJDA* 1990, p. 902, obs. Prétot ; CE 6 décembre 1991, Cierco, p. 419

⁴³⁹ V. CE 30 novembre 1850, Négroni, p. 874 ; CE 28 décembre 1922, Pelatan, p. 989 ; CE 30 juin 1939, Société clermontoise des alcools dénaturés, p. 439 ; CE 3 mars 1942, Sandoz, p. 74 ; CE 7 février 1947, Époux de Lestang-Parade, p. 52 ; CE 23 janvier 1953, Courajoux, p. 31 ; CE 15 juillet 1960, Établissements R. Durand, p. 477 ; CE 22 mars 1961, Simonet, p. 211 ; CE 4 mai 1962, Société Géo, p. 294 ; CE 3 novembre 1967, Marailhac, p. 403 ; *AJDA* 1968, p. 415, note V.S. ; CE 13 juillet 1968, Claeysens, p. 443 ; CE 27 juin 1969, Société X, p. 345 ; CE 24 octobre 1969, Lafontaine, p. 450 ; CE Ass. 12 décembre 1969, Héli de Talleyrand-Périgord, p. 574 ; *AJDA* 1970, p. 34, concl. Kahn ; CE 10 juin 1970, Mahé, p. 416 ; *RTDSS* 1970, p. 300, concl. Rougevin-Baville ; CE 30 avril 1971, Congrégation des soeurs de Saint Joseph, p. 315 ; CE 9 mai 1973, Grand, p. 340 ; CE 29 juin 1973, Syndicat national des biologistes des centres hospitaliers, p. 451 ; CE 14 mars 1975, Huillet, p. 192 ; CE 30 avril 1976, Lacorne, p. 224 ; CE 28 mai 1976, Centre technique des conserves de produits agricoles, p. 282 ; CE 30 novembre 1977, Dame Cochard, p. 469 ; CE 13 octobre 1980, Ministre de l'intérieur c/ Savarn, p. 781 ; CE 12 novembre 1980, Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ Muller-Kunhle, p. 421 ; CE 10 juin 1983, Ministre du budget et compagnie Air France, p. 244 ; CE 1er février 1985, Ministre des affaires sociales c/ SARL les fourrures de la Madeleine, p. 790 ; CE 8 février 1985, Association des centres distributeurs E. Leclerc, p. 377 ; CE 18 mars 1987, Union des sociétés mutualistes de l'arrondissement de Béziers Saint Pons, p. 527 ; CE 14 décembre 1988, Société Générale, *RJF* 1989, n° 183 ; TA Strasbourg 26 mars 1991, Gerber, *JCP* 1991, IV, p. 392 ; CE 4 octobre 1991, Leduc, p. 659.

l'exception d'illégalité ne saurait provoquer un tel vice dans l'acte attaqué au principal.

Pas plus que l'exception d'illégalité n'implique systématiquement une illégalité externe ou interne de l'acte attaqué au principal, pas plus n'apparaît une liaison entre la nature des illégalités. Par exemple, une illégalité externe ne génère pas nécessairement une autre illégalité externe.

En effet, l'annulation pour vice de procédure⁴⁴⁰ ou pour incompétence⁴⁴¹ peut suivre une déclaration d'illégalité pour erreur de droit et, inversement, une annulation pour erreur de droit peut être motivée par une déclaration d'illégalité pour incompétence⁴⁴² ou pour vice de procédure⁴⁴³.

2 - Les vices de l'acte contesté par voie d'exception constituent des illégalités externes ou internes de l'acte attaqué, selon l'incidence du premier sur son contenu.

Si un examen purement descriptif de la jurisprudence laisse croire à l'absence de logique de la jurisprudence en cause et pourrait amener à conclure que tout, en la matière, est affaire d'espèce, une étude attentive de la question permet de déterminer le raisonnement du juge. Il est en réalité fort logique. Tout est affaire d'espèce, certes, mais le raisonnement est toujours le même.

Le juge caractérise, en effet, l'incidence de l'acte excipé d'illégalité sur le contenu de l'acte dont l'annulation est poursuivie.

⁴⁴⁰ V. notamment, CE 28 novembre 1952, Brandebourg, p. 536 ; CE 13 juillet 1967, Bouillier, p. 312.

⁴⁴¹ V. notamment, CE 2 novembre 1962, Géraud, p. 587.

⁴⁴² V. CE 28 décembre 1922, Pelatan, p. 989 ; CE 3 mars 1942, Sandoz, p. 74 ; CE 15 juillet 1960, Établissements R. Durand, p. 477 ; CE 4 mai 1962, Société Géo, p. 294 ; CE 3 novembre 1967, Marailhac, p. 403 ; *AJDA* 1968, p. 415, note V.S. ; CE 24 octobre 1969, Lafontaine, p. 450 ; CE 10 juin 1970, Mahé, p. 416 ; *RTDSS* 1970, p. 300, concl. Rougevin-Baville ; CE 30 avril 1971, Congrégation des soeurs de Saint Joseph, p. 315 ; CE 12 novembre 1980, Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ Muller-Kunhle, p. 421 ; CE 18 mars 1987, Union des sociétés mutualistes de l'arrondissement de Béziers Saint Pons, p. 527 ; TA Strasbourg 26 mars 1991, Gerber, *JCP* 1991, IV, p. 392 ; CE 4 octobre 1991, Leduc, p. 659.

⁴⁴³ V. CE 14 décembre 1988, Société Générale, *RJF* 1989, n° 183.

Si le premier régit la procédure permettant d'édicter le second⁴⁴⁴ un quelconque de ses vices, qu'il s'agisse d'une illégalité externe⁴⁴⁵ ou interne⁴⁴⁶, doit conduire à une annulation pour vice de procédure du second.

Si l'acte contesté par voie d'exception détermine l'autorité compétente pour édicter celui visé par le recours pour excès de pouvoir⁴⁴⁷, une illégalité externe⁴⁴⁸ ou interne⁴⁴⁹ l'entachant se traduit par une annulation du second pour incompétence.

Enfin, si le premier acte porte sur le contenu normatif du second, ses éventuelles illégalités, externe⁴⁵⁰ ou interne⁴⁵¹, se manifestent par une annulation

⁴⁴⁴ Par exemple en fixant la composition d'une commission consultée pour l'édiction de l'acte attaqué (v. CE 13 juillet 1967, Bouillier, p. 312 ; CE 25 juillet 1980, Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire, p. 346) ; ou en soumettant son édicton au respect d'une certaine procédure (v. CE 12 mai 1976, Bauchet, p. 242 ; CE 24 mai 1981, Lequerre, p. 569).

⁴⁴⁵ V. pour un vice de procédure, CE 21 novembre 1973, Ministre de l'agriculture c/ Friren, p. 653 ; et pour une incompétence, CE 23 mars 1962, Revers, p. 202 ; *D* 1962, p. 400, note Hamon ; CE 12 mai 1976, Bauchet, p. 242 ; CE 23 mai 1981, Lequerre, p. 569 ; CE 8 janvier 1982, SARL chocolat de régime Dardenne, p. 1 ; CE 1er juillet 1983, Raveau, p. 288, concl. Robineau ; RA 1984, p. 46, note Pacteau.

⁴⁴⁶ V. pour un détournement de pouvoir, CE 23 novembre 1962, Camara, p. 627 ; *AJDA* 1962, p. 666, chr. Gentot et Fourré ; et pour une erreur de droit, CE 13 juillet 1967, Bouillier, p. 312 ; CE 25 juillet 1980, Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire, p. 346.

⁴⁴⁷ Il peut s'agir par exemple d'une délégation (v. CE 27 décembre 1901, Bernard, p. 923 ; CE 20 avril 1951, Martin, p. 201 ; CE 30 novembre 1951, Bonnet, p. 562 ; CE 7 avril 1954, Bignault, p. 218 ; CE 1er octobre 1954, Dame Bonnetblanc, p. 491 ; CE 4 juillet 1955, Dame veuve Liévrard, p. 387 ; CE 22 juin 1966, Houillères du bassin d'Aquitaine, p. 413 ; CE 18 décembre 1970, STACI, p. 404 ; CE 15 mai 1974, Demoiselle Martin, p. 285 ; CE 16 janvier 1976, Dujardin, p. 44 ; CE 27 avril 1987, Ministre du budget c/ Société "Mercure Paris-Étoile", p. 147 ; CE 22 janvier 1988, Commune de Levallois-Perret, p. 570) ou d'un renvoi à un type d'acte autre que celui déterminé par les textes (v. CE 2 novembre 1962, Géraud, p. 587 ; CE 14 janvier 1987, Gosset, p. 539 ; CE 13 juillet 1968, Moreau, p. 441).

⁴⁴⁸ V. pour une incompétence, CE 3 juillet 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur ; CE 6 novembre 1959, Coopérative laitière de Belfort, p. 581 ; CE 28 février 1964, Fédération de l'éducation nationale, p. 150 ; CE 6 décembre 1991, Cierco, p. 419.

⁴⁴⁹ V. pour une erreur de droit, CE 30 novembre 1951, Bonnet, p. 562 ; CE 7 avril 1954, Bignault, p. 218 ; CE 18 décembre 1970, STACI, p. 779 ; CE 22 janvier 1988, Commune de Levallois-Perret, p. 570.

⁴⁵⁰ V. pour une incompétence, CE 28 décembre 1922, Pelatan, p. 989 ; CE 3 mars 1942, Sandoz, p. 74 ; CE 23 janvier 1953, Courajoux, p. 31 ; CE 15 juillet 1960, Établissements R. Durand, p. 477 ; CE 4 mai 1962, Société Géo, p. 294 ; CE 3 novembre 1967, Marailhac, p. 403 ; *AJDA* 1968, p. 415, note V.S. ; CE 24 octobre 1969, Lafontaine, p. 450 ; CE 19 juin 1970, Mahé, p. 416, *RTDSS* 1970, p. 300, concl. Rougevin-Baville ; CE 30 avril 1971, Congrégation des soeurs de Saint Joseph, p. 315 ; CE 12 novembre 1980, Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ Muller-Kunhle, p. 421 ; CE 18 mars 1987, Union des sociétés mutualistes de l'arrondissement Béziers Saint Pons, p. 527 ; TA Strasbourg 26 mars 1991, Gerber, *JCP* 1991, IV, p. 392 ; CE 4 octobre 1991, Leduc, p. 659 ; et v. pour un vice de procédure, CE 14 décembre 1988, Société Générale, *RJF* 1989, n° 183.

⁴⁵¹ V. pour une erreur de droit, liée à une violation du champ d'application de la loi, CE Ass. 12 décembre 1969, Héli de Talleyrand-Périgord, p. 574 ; *AJDA* 1970, p. 34, concl. Kahn ; CE 30 avril 1976, Lacorne, p. 224 ; ou liée à une violation du principe d'égalité, v. CE 29 juin 1973, Syndicat national des biologistes des

pour erreur de droit de ce dernier. Un arrêt de 1990 en apporte la confirmation. “En excipant de l’illégalité de l’arrêté ministériel du 21 mars 1989, M. Duverger avait soulevé un moyen tiré du défaut de base légale de l’arrêté préfectoral attaqué ; si M. Duverger, qui n’avait contesté que la légalité interne de l’arrêté ministériel dans sa demande introductive d’instance devant le tribunal administratif, a invoqué le défaut de motivation dudit arrêté dans un nouveau mémoire enregistré après l’expiration du délai de recours contentieux courant contre l’arrêté préfectoral attaqué, cette prétention, qui venait à l’appui de son moyen tiré du défaut de base légale de l’arrêté préfectoral, n’était pas fondé sur une cause juridique distincte et n’avait pas le caractère d’une demande nouvelle à l’égard dudit arrêté préfectoral ; par suite, le tribunal administratif n’a pas entaché son jugement d’irrégularité en retenant le vice de forme entachant l’arrêté ministériel du 21 mars 1983 et, par voie de conséquence, le défaut de base légale de l’arrêté préfectoral du 22 avril 1983”⁴⁵².

Des développements précédents, il ressort donc que l’exception d’illégalité d’un acte administratif peut être soulevée hors délai dès lors que l’incidence de cet acte sur celui attaqué au principal porte sur une cause juridique de ce dernier déjà mise en oeuvre dans le délai du recours. Celle-ci se détermine en fonction de l’incidence de l’acte visé par l’exception sur l’acte dont l’annulation est poursuivie. La faculté est ainsi ouverte quelque vice justifie l’exception d’illégalité.

B - La cause juridique de l’exception d’illégalité dans le recours de plein contentieux.

centres hospitaliers, p. 451 ; CE 14 mars 1975, Huillet, p. 192 ; CE 30 novembre 1977, Dame Cochard, p. 469 ; ou, enfin, liée à une rétroactivité illégale, CE 9 mai 1973, Grand, p. 340.

⁴⁵² CE 1er juin 1990, Ministre des affaires sociales et de l’emploi c/ Leonetti, Req. 89-901, source : Lexilaser.

La notion de cause juridique connaît dans le plein contentieux une incertitude regrettable. Tant dans le plein contentieux subjectif que dans le plein contentieux objectif, il règne une grande confusion, encore accentuée si l'on désire établir la cause juridique d'une exception d'illégalité.

1 - La cause juridique de l'exception d'illégalité dans le plein contentieux subjectif.

Rares sont les auteurs qui ont analysé le problème de la cause juridique dans le plein contentieux subjectif. En outre, leurs conclusions ne sont guère tranchées. Elles laissent incertain sur la détermination de la cause juridique de l'exception d'illégalité en la matière.

Il nous semble cependant qu'une solution simple et conforme à la maigre jurisprudence sur la question peut être proposée à condition de définir la cause juridique de la demande dans le cadre du recours en indemnisation comme "le statut juridique sous la protection duquel la victime entend se placer pour engager la responsabilité de la puissance publique et pour obtenir la réparation du préjudice souffert"⁴⁵³ ou comme "le principe juridique spécial sur lequel est fondée la demande"⁴⁵⁴.

Or l'observation de la structure du contentieux de la responsabilité révèle deux grandes catégories de fondement de la responsabilité : la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute.

Faisant valoir la faute constituée par l'illégalité commise, l'exception d'illégalité à l'appui d'un recours en indemnisation se rattache à la responsabilité pour faute. Une telle analyse reste insuffisante pour déterminer la cause juridique

⁴⁵³ J. Moreau, *La cause juridique de la demande en justice dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle*, Mélanges Stassinopoulos, Athènes 1974, p. 77.

⁴⁵⁴ J-P. Gilli, *La cause juridique de la demande en justice*, LGDJ 1962, p. 93.

de l'exception. En effet, la faute ne saurait s'analyser en un principe juridique spécial fondant la demande. Elle constitue seulement un premier affinement.

Il existe divers types de fautes, le principal concernant la faute de service à laquelle se rattache la faute résultant d'une illégalité⁴⁵⁵. Mais la faute de service ne se résume pas à la seule illégalité fautive, elle couvre également le contentieux des dommages de travaux publics.

Il faut donc conclure que "le fondement de la faute de service ne constitue pas une seule cause juridique des demandes qui sont fondées sur ce type de mise en jeu de la responsabilité. Il apparaît, bien que la jurisprudence soit assez peu abondante pour le formuler nettement, que plusieurs fautes alléguées doivent présenter des éléments communs pour être rattachées à une même cause juridique. Des fautes de nature différente ou ayant des rapports assez éloignés entre elles sont considérées par le juge administratif comme relevant de causes juridiques distinctes"⁴⁵⁶.

La responsabilité pour illégalité est profondément originale au sein de la responsabilité pour faute de service puisqu'elle seule introduit des éléments de légalité objective dans l'appréciation de la faute. La responsabilité pour illégalité semble donc pouvoir jouer le rôle de cause juridique de toute exception d'illégalité soulevée à l'appui d'un recours en indemnité.

Est-il possible de lui trouver un principe juridique encore plus spécial ? Il ne le semble pas. En effet, au regard de la faute, toutes les illégalités sont identiques, le principe étant que toute illégalité est fautive. Si le juge a parfois rejeté la responsabilité de l'administration à la suite d'une illégalité procédurale, ce n'est pas parce qu'un tel vice n'est pas fautif, mais, bien plutôt, parce qu'il ne pouvait

⁴⁵⁵ Contrairement à ce que semble prétendre F. Colly dans son article *Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction*, RFDA 1987, p. 786. Une jurisprudence fournie associe pourtant l'illégalité à une faute de service, v. CE 14 juin 1961, Société European Métal Trading, RDP 1962, p. 1289 ; CE 22 mars 1967, Dame Perret, p. 723 ; CE Sect. 15 octobre 1971, Buscail, p. 613 ; CE 24 mars 1989, Époux Bourelly, DA 1989, n° 303.

⁴⁵⁶ F. Colly, art. préc.

être considéré comme le fait générateur du préjudice allégué ou qu'il existait une faute de la victime exonératoire de la responsabilité de la puissance publique. Ce point a fait l'objet d'une vigoureuse démonstration et doit être tenu pour définitivement établi aujourd'hui⁴⁵⁷.

Toute illégalité étant fautive, quel que soit le vice invoqué à l'encontre de l'acte, la cause juridique sera identique. En revanche, la responsabilité pour illégalité différant de toute autre responsabilité pour faute, constitue une cause juridique distincte. La conclusion s'impose donc : pour ne pas se voir opposer une irrecevabilité, le requérant doit dans sa requête introductive faire d'ores et déjà valoir le caractère illégal et donc fautif d'un acte administratif⁴⁵⁸. Il lui sera ensuite loisible de compléter son argumentation hors délai en invoquant n'importe quels vices, la distinction entre légalité externe et légalité interne n'ayant pas cours en la matière⁴⁵⁹.

Suffit-il également de soulever l'illégalité de n'importe quelle décision à l'appui de sa demande d'indemnisation pour être autorisé par la suite à faire valoir, hors délai, l'illégalité d'une autre décision ? Il ne le semble pas, car le problème ne concerne plus alors des moyens de droit mais, plus largement, des conclusions. En effet, si plusieurs décisions sont en jeu, elles ont chacune causé un préjudice et justifient le dépôt dans le délai d'autant de conclusions à fin d'indemnité.

⁴⁵⁷ V. J.-C. Hélin, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse Nantes 1969, p. 80.

¹³⁸ V. CE 16 mai 1958, Commune de Marnia, p. 274 : "dans la réclamation qu'il avait formée devant le tribunal administratif, le sieur Mekkidèche s'était borné à invoquer le retard mis par l'administration à exécuter la décision rendue le 17 octobre 1951 par le Conseil d'État statuant au contentieux ; ses prétentions, présentées pour la première fois en appel et tendant à obtenir la réparation du préjudice à lui causé par l'arrêté du sous-préfet du 23 mars 1952, qui aurait illégalement prononcé sa révocation, constituent une demande nouvelle, qui n'est pas recevable". V. pourtant, admettant la recevabilité en appel de l'exception d'illégalité d'un licenciement car ne reposant pas sur une cause juridique distincte des moyens qu'avait avancés le requérant en première instance, par lesquels, sans remettre en cause expressément la légalité de son licenciement, il invoquait le caractère fautif de l'ensemble des agissements de la personne publique, CE Sect. 30 avril 1976, Siméon, *AJDA* 1976, p. 625, concl. Aubin.

⁴⁵⁹ V. CE 16 février 1979, Mallisson, p. 835 ; CE 9 décembre 1983, Société d'études d'un grand hôtel international à Paris, p. 507.

C'est ainsi que doit s'expliquer un arrêt Comolet dont l'analyse a suscité bien des incertitudes⁴⁶⁰. Le rejet intervient, en l'espèce, en raison de la distinction des préjudices résultant de l'illégalité des deux actes en cause, le Conseil d'État écartant donc des conclusions nouvelles présentées hors délai et non un moyen.

“D'une part, le sieur Comolet a demandé au tribunal administratif de Poitiers de condamner la ville de Chinon (...) à lui payer une indemnité (...) en réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi du fait de la vente par ladite ville d'un terrain voisin de son lotissement (...) ; la délibération en date du 13 septembre 1965 par laquelle le conseil municipal de Chinon a décidé de vendre ce terrain n'est pas, par elle-même, génératrice du préjudice que le sieur Comolet prétend avoir subi du fait de l'utilisation par l'acquéreur de ce terrain ; dès lors, le requérant ne peut utilement se prévaloir à l'appui de sa demande d'indemnité, des illégalités qui entacheraient ladite délibération (...);

d'autre part, le sieur Comolet, qui n'a pas en première instance fondé sa demande d'indemnité sur l'illégalité prétendue du permis de construire accordé (...) n'est pas recevable à présenter directement devant le Conseil d'État des conclusions tendant à la réparation du préjudice que ce permis lui aurait causé”⁴⁶¹.

Le raisonnement présentement mené nous semble pouvoir être transposé dans les domaines constituant le plein contentieux objectif.

2 - La cause juridique de l'exception d'illégalité dans le plein contentieux objectif.

L'incertitude est grande, en la matière, faute de jurisprudence ayant abordé la question. Fort heureusement, le législateur est venu récemment la supprimer dans l'une de ses branches, quantitativement importante, le contentieux fiscal. En effet, le nouvel article L 199-C du Livre des procédures fiscales, issu de l'article 81-

⁴⁶⁰ V. notamment F. Colly, art. préc.

⁴⁶¹ CE 18 décembre 1970, Sieur Comolet, *AJDA* 1971, p. 305, obs. Landon.

III de la loi de finances du 30 décembre 1986, ouvre au contribuable qui demande un dégrèvement ou une restitution d'impôt la faculté de "faire valoir tout moyen nouveau ... jusqu'à la clôture de l'instruction" dans le cadre du contentieux de l'imposition. Une cause juridique unique se substitue aux trois précédemment admises en jurisprudence. Le problème de la cause juridique n'existe plus en contentieux fiscal.

Il subsiste en matière de contentieux électoral où il atteint une sorte de paroxysme. Comme le note, désabusé, le professeur Chapus, "à peu de choses près, autant de causes juridiques distinctes que de griefs"⁴⁶². Les exemples qu'il cite sont édifiants.

Cependant, analysé en termes de principe juridique spécial, le problème s'atténue : il semble que toute exception d'illégalité se rattache à une cause juridique unique. Que le requérant invoque hors délai des moyens de légalité nouveaux à l'encontre d'un même acte ou qu'il soulève hors délai une nouvelle exception d'illégalité visant un acte autre que celui précédemment contesté, une seule et même cause juridique est mise en oeuvre, l'illégalité du contexte normatif des opérations. Dès lors, de telles exceptions doivent être déclarées recevables dès lors qu'une a été soulevée dans les délais.

Faute de jurisprudence sur la question, la prudence s'impose. D'autant que la cause juridique est parfois définie, de façon minimaliste, comme étant ce que le juge décide... Mais le critère retenu semble pouvoir jouer en toute autre type de plein contentieux objectif.

N'étant pas, par elle-même et automatiquement, un moyen d'ordre public à l'égard de l'acte attaqué pour excès de pouvoir ou de la demande de plein contentieux, l'exception d'illégalité obéit, comme tout moyen de droit, au principe de l'interdiction de soulever hors délai des moyens se rapportant à une cause

⁴⁶² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 583.

juridique nouvelle. L'étude a cependant prouvé que la cause juridique de l'exception d'illégalité est, le plus souvent, aisément identifiable.

En matière de recours pour excès de pouvoir, seule doit être prise en compte l'incidence de l'acte dont l'illégalité est excipée sur l'acte attaqué. Dans le plein contentieux, l'originalité de l'immixtion de questions de légalité, suffit à considérer que l'exception se rapporte à une cause juridique propre, la responsabilité pour illégalité en matière de plein contentieux subjectif, la contestation du contexte normatif en cas de plein contentieux objectif.

Tout problème de recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité n'est pas pour autant écarté. Recevable au regard de sa cause juridique, l'exception d'illégalité doit encore porter sur un acte susceptible d'une contestation fût-elle indirecte. La recevabilité temporelle n'est alors plus examinée par rapport au recours principal, mais est fonction de l'acte excipé d'illégalité.

SECTION II - LES CONDITIONS TEMPORELLES LIÉES A L'ACTE ARGUÉ D'ILLÉGALITÉ.

L'existence de conditions de délai pour contester la légalité des actes administratifs témoigne du souci du droit administratif de concilier le respect du principe de légalité et la sécurité juridique. Elle marque "la détermination du point d'équilibre entre deux principes contradictoires : celui de la légalité de l'action administrative, qui suppose l'existence et la mise en oeuvre de voies de droit en garantissant le respect, et celui de la stabilité des relations juridiques qui trouve notamment sa traduction dans les règles du délai contentieux"⁴⁶³.

⁴⁶³ M. Ceoara, note sous CE 12 mai 1976, Leboucher et Tarandon, *AJDA* 1977, p. 261.

La relative brièveté du délai de droit commun montre cependant que la primauté semble avoir été donnée à la stabilité.

Quelle portée donner alors à l'expiration du délai de recours ? L'écoulement du temps influe-t-il sur la légalité de l'acte ou bien seulement sur sa "contestabilité" ?

"Le vice d'illégalité subsiste-t-il indéfiniment avec son effet essentiel, l'annulabilité de l'acte, de telle sorte qu'on pourra se prévaloir à toute époque de l'illégalité, sinon pour faire prononcer la nullité de l'acte lui-même, du moins pour faire écarter toutes les applications que l'on voudrait faire de l'acte nul ?"⁴⁶⁴.

Si la question, en effet, "a une importance très grande et sa solution une portée considérable"⁴⁶⁵, elle n'en trouve pas moins une solution certaine. Le temps n'efface pas l'illégalité de l'acte mais interdit d'en contester la légalité directement.

"Il ne faut donc pas conclure de la péremption du délai à la disparition du vice dont il est entaché, l'expiration n'ayant d'effet que sur la faculté de recours dont disposaient les intéressés"⁴⁶⁶. "La déchéance qui, à l'égard du recours en annulation, résulte de l'expiration du délai, ne prive pas les intéressés du droit d'alléguer l'illégalité au cours d'une instance ultérieure provoquée par l'application du règlement ; le vice d'illégalité est si grave qu'il ne saurait être couvert par l'expiration d'un délai"⁴⁶⁷.

Il n'est donc plus possible d'écrire aujourd'hui encore que "la péremption de ce délai fait acquérir à l'acte irrégulier la valeur d'un acte régulier (...). Le temps efface l'illégalité"⁴⁶⁸.

La solution inverse étant admise, une nouvelle interrogation surgit. Si l'illégalité de l'acte subsiste, peut-on la faire valoir, malgré l'expiration du délai, à

⁴⁶⁴ G. Jèze, note sous 9 mars 1906, Domes, *RD* 1906, p. 663. Sur ce point, v. supra, Introduction.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937, p. 152.

⁴⁶⁷ Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, 1902, p. 306.

⁴⁶⁸ P. Auvret, *La notion de droits acquis en droit administratif*, *RD* 1985, p. 53.

l'appui d'un recours contre un acte contaminé par elle? En d'autres termes, la voie de l'exception n'est-elle ouverte aux plaideurs que tant que la voie de l'action l'est ou peut-on tolérer qu'elle la prolonge temporellement ? Bénéficie-t-elle d'un régime de recevabilité original ?

L'enjeu du débat est évident. Une nouvelle fois, un équilibre doit être atteint entre le respect du principe de légalité et le maintien de la stabilité juridique.

La logique veut que la contamination d'un acte par l'illégalité d'un autre puisse être sanctionnée, malgré le caractère définitif de ce dernier. Si tel est le seul vice de l'acte attaqué au principal, l'interdiction de mettre en oeuvre l'exception d'illégalité aurait pour conséquence de fait, l'inutilité du recours dirigé contre lui, alors même qu'il est entaché d'une illégalité certaine. L'iniquité de cette solution serait manifeste.

Cependant, l'ouverture sans restriction de la faculté de contester par voie d'exception la légalité d'un acte, après l'expiration du délai de recours direct contre lui, n'est pas sans danger. Si, en effet, la déclaration d'illégalité n'équivaut pas à une annulation de l'acte en cause, elle signifie toutefois qu'il ne saurait être désormais appliqué. Cette situation, proche d'une annulation de fait de l'acte en cause, fait redouter que le mécanisme de l'exception d'illégalité ne permette de tourner les règles relatives au délai de recours par voie d'action.

Le point d'équilibre recherché doit être alors trouvé dans un aménagement temporel du régime de l'exception d'illégalité. La recevabilité de celle-ci est soumise à des conditions de délai, permettant "malgré l'expiration du délai de recours, d'éviter, à l'occasion de litiges relatifs à des mesures postérieures, que se perpétue indéfiniment et sans sanction possible l'application de textes réglementaires illégaux"⁴⁶⁹. Elles doivent néanmoins préserver le rôle des délai

⁴⁶⁹ Y. Robineau et M-A. Feffer, chr. sous CE Ass. 18 janvier 1980, Bargain, *AJDA* 1980, p. 91.

d'action. La jurisprudence a établi un point d'équilibre entre ces considérations opposées.

L'exposé de la condition classique, liée au caractère de l'acte excipé d'illégalité, fait toutefois apparaître son caractère insatisfaisant. Un dépassement de cette condition, par l'appel au critère des effets de l'acte, pourrait améliorer l'état du droit.

§ 1 - EXPOSÉ DE LA CONDITION CLASSIQUE : LE CARACTÈRE DE L'ACTE.

La jurisprudence qui prévaut quant à la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité d'un acte administratif devant le juge judiciaire a fait l'objet d'une présentation antérieure⁴⁷⁰ dont il est ressorti qu'en dépit de certaines hésitations, elle semble se prononcer en faveur du caractère perpétuel de l'exception. Il convient, à ce sujet, de se borner à un renvoi, la jurisprudence administrative, infiniment plus fournie et subtile, justifiant un examen particulier. Elle présente, en effet, un caractère complexe imposant une présentation précise tant de son fondement que de son contenu, qui devrait mettre à jour son fondement juridique insatisfaisant.

La position du juge administratif en matière de recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité peut être qualifiée de nuancée. La jurisprudence ne met pas en oeuvre une solution de principe, permettant en toute circonstance de déterminer la recevabilité de l'exception d'illégalité, mais procède à une distinction fondamentale selon le caractère réglementaire ou non de l'acte en cause, assortie de dérogations dans le second cas.

L'exception d'illégalité d'un règlement est recevable sans condition de délai. Elle est perpétuelle.

⁴⁷⁰ V. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 207 et s.

Inversement, l'exception d'illégalité de tout autre acte est, en principe, irrecevable à l'expiration du délai de recours contre lui. Le principe souffre, cependant, divers assouplissements favorables aux requérants.

Il a pu être écrit qu'il s'agissait là d'une "distinction dont les fondements théoriques n'apparaissent pas très clairement. Les considérations qui (...) ont conduit [le juge] à limiter ainsi rigoureusement et, en fait, à paralyser le plus souvent l'exception d'illégalité des actes individuels apparaissent d'ailleurs assez impressionnantes pour qu'une orientation différente de la jurisprudence ne puisse être envisagée"⁴⁷¹.

Elle interdit, en outre, d'affirmer, comme pouvait le faire Gaston Jèze à l'aube de ce siècle, que "lorsque la loi fixe un délai pour former un recours à raison d'une irrégularité entachant un acte juridique, l'expiration de ce délai empêche les intéressés d'agir directement ; mais cela n'interdit pas toujours aux intéressés de se prévaloir de l'irrégularité d'une manière indirecte, par exemple, par voie d'exception. En d'autres termes, il faut dire que, dans une certaine mesure, *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*"⁴⁷².

A - Le principe du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des règlements.

Le justiciable, confronté à un règlement dont la légalité semble douteuse, jouit d'un sort enviable : il peut sans condition de délai contester sa légalité par voie d'exception.

A l'égard de ces actes, le juge n'a pas craint d'ouvrir largement la recevabilité de l'exception, faisant ainsi primer le respect du principe de légalité sur le souci de la stabilité juridique. "La solution contraire aurait abouti à légitimer

⁴⁷¹ M. Galabert, concl. sur CE Sect. 29 avril 1964, Dufourniaud, *JCP* 1964, II, 13723.

⁴⁷² G. Jèze, *La sanction des irrégularités qui entachent actes juridiques*, *RDP* 1913, p. 294.

l'application indéfinie de dispositions illégales ce qui aurait été contraire à l'ordre public juridique : non seulement cette solution n'a jamais été admise, mais la tendance jurisprudentielle contemporaine est plutôt d'élargir le contrôle juridictionnel sur la légalité des règlements administratifs⁴⁷³.

La solution est simple tant dans son application que dans son fondement, tel qu'il a été formulé *a posteriori* par la doctrine.

1 - La jurisprudence.

Le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des règlements fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle sans ambiguïté.

L'association entre le caractère réglementaire de l'acte visé par l'exception et la possibilité d'en contester par ce biais, à toute époque, la légalité est rarement explicitement affirmée⁴⁷⁴.

Elle n'en est pas moins certaine et la solution de principe a été posée par un arrêt Villerelle de 1918, dans lequel, cependant, le caractère réglementaire de l'acte est implicite : "les requérants sont, à toute époque, recevables à contester la légalité d'une décision qui leur fait grief, à l'occasion de l'application qui leur en est faite personnellement, tant qu'ils se trouvent dans les délais pour se pourvoir contre la mesure prise à leur égard"⁴⁷⁵.

⁴⁷³ R. Odent, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 1980, p. 1088.

⁴⁷⁴ C'est parfois le cas dans les résumés des tables du Recueil Lebon. "Présente un caractère réglementaire l'arrêté par lequel le préfet de région détermine, pour l'application de l'article 21 du décret du 28 septembre 1972 relatif à la composition de la commission régionale de l'hospitalisation, la liste des syndicats de médecins les plus représentatifs au plan régional dont les représentants seront nommés pour siéger à la commission (sol. impl.). Par suite, recevabilité sans condition de délai des moyens tirés de l'illégalité de cet arrêté" (CE 13 mars 1981, Fédération nationale des médecins contractuels et fonctionnaires, p. 557). V. également, CE 6 novembre 1987, Ravey, p. 903 : "Tribunal administratif ayant déclaré les requérants irrecevables à invoquer à l'appui de leurs conclusions, l'illégalité d'une délibération au motif que celle-ci serait devenue définitive. Or cette délibération revêtait en fait un caractère réglementaire, de sorte que l'exception d'illégalité était recevable".

⁴⁷⁵ CE 25 octobre 1918, Villerelle, p. 938.

Elle ressort, par ailleurs, *a contrario* de certaines formules jurisprudentielles : “les décrets autorisant la création de tranches d’une centrale nucléaire n’ont pas le caractère d’un acte réglementaire dont l’illégalité pourrait être invoquée, par voie d’exception, après l’expiration des délais de recours contentieux à l’appui d’un recours dirigé contre des actes relatifs au fonctionnement de cette centrale”⁴⁷⁶.

Le principe justifie en outre que, malgré le rejet, comme tardif, du recours pour excès de pouvoir contre un règlement, le juge administratif réserve cependant la faculté de remettre ultérieurement en cause la légalité de cet acte à l’occasion d’une mesure d’application.

Tel est le sens de l’arrêt Poulin, considéré comme fondateur du caractère perpétuel de l’exception d’illégalité des règlements, bien qu’il soit imprécis sur ce point : “si le sieur Poulin aurait pu, dans les trois mois de cette publication, conformément à l’article 11 du décret du 23 juillet 1806 alors en vigueur, déférer cet arrêté au Conseil d’État par la voie du recours pour excès de pouvoir, il n’est plus recevable à demander aujourd’hui l’annulation de ce règlement, dont il lui appartiendrait seulement de contester la légalité à l’occasion des actes administratifs qui pourraient intervenir pour lui en faire application personnelle”⁴⁷⁷.

La solution est identique lorsque sont simultanément attaqués le règlement et l’acte d’application. Le rejet pour forclusion du premier recours n’interdit pas l’admission, au soutien du second, de l’exception d’illégalité du règlement en

⁴⁷⁶ CE 30 juin 1989, *Ministre de l’industrie, des P. et T. et du Tourisme c/ État de Sarre*, *CJEG* 1989, p. 333, concl. Fornacciari, note Hétier ; *RFDA* 1989, p. 857, note Dubouis. V. également CE 29 mai 1987, *EDF c/ Comité d’information pour la protection du cadre de vie à Honguemare-Guénouville*, *DA* 1987, n° 458 ; *CJEG* 1987, p. 792, note Hétier ; ou CE 13 février 1980, *Lamarque*, p. 77 : “à l’appui d’un recours tendant à l’annulation de la décision par laquelle le président d’une association communale de chasse agréée leur a refusé le droit de retirer leurs terres du territoire d’action de l’association, les requérants ne sont pas recevables à invoquer par voie d’exception l’illégalité de l’arrêté préfectoral agréant l’association, qui a clos la procédure de constitution, et des actes qui l’ont précédé ou qui ont concouru à son intervention, dès lors que ces décisions sont définitives et n’ont pas de caractère réglementaire”.

⁴⁷⁷ CE 29 mai 1908, *Poulin*, p. 581, *DP* 1910, 3, p. 17. V. également CE 6 août 1910, *Compagnie des tramways de Paris*, p. 710 ; CE 28 juin 1912, *Hernu*, p. 760 ; CE 4 juillet 1913, *Demoiselle Fatou*, p. 797 ; CE 26 décembre 1913, *Labaye*, p. 1307 ; CE 27 mars 1914, *Gallet*, p. 401 ; CE 26 avril 1918, *Sellier*, p. 385 ; CE 6 janvier 1926, *Cayrol*, p. 6 ; CE 28 mars 1930, *Darmitte*, p. 371 ; CE 27 février 1931, *Besse et autres*, p. 233 ; CE 29 janvier 1937, *Corre*, p. 197 ; CE 2 juin 1938, *Castex*, p. 510 ; CE 5 mai 1939, *Botton*, p. 285.

cause. “Le décret du 16 octobre 1920 a été publié le 17 octobre 1920 au Journal Officiel ; par suite, la requête, enregistrée seulement le 31 mars 1921 au secrétariat du contentieux du Conseil d’État doit être rejetée comme tardive en tant qu’elle conclut à l’annulation dudit décret ; mais la ville est, au contraire, recevable à en contester la légalité à l’appui de pourvois introduits dans le délai de deux mois contre un arrêté du préfet, qui constitue à son égard une application individuelle des dispositions du texte réglementaire dont s’agit”⁴⁷⁸.

De la même manière, la jurisprudence sur l’obligation d’abroger sur demande les règlements administratifs illégaux se fonde sur le caractère perpétuel de l’exception d’illégalité de ces actes. Il a été démontré précédemment, en effet, que cette jurisprudence met nécessairement en oeuvre une exception d’illégalité puisque l’illégalité du règlement litigieux implique l’annulation du refus de l’abroger.

Cet aspect méconnu du problème explique pourtant logiquement la formule jurisprudentielle classique selon laquelle “il appartient à tout intéressé, en cas de changement dans les circonstances qui ont pu motiver légalement un règlement, de demander, à toute époque, à l’autorité compétente d’abroger ce règlement et de se pourvoir, le cas échéant, contre le refus de l’abroger”⁴⁷⁹.

C’est bien en raison du caractère perpétuel de l’exception d’illégalité des règlements que le droit de demander leur abrogation est ouvert sans condition de délai. L’extension de cette faculté aux illégalités *ab initio*, en 1989⁴⁸⁰ seulement est peu justifiée. Puisque le contentieux du refus d’abroger se fonde sur le caractère perpétuel de l’exception d’illégalité des règlements, il n’existait, dès l’arrêt

⁴⁷⁸ CE 23 février 1923, Ville de Castelnaudary, p. 177. V. également CE 16 décembre 1910, Marrocq, p. 951 ; CE 31 janvier 1913, Pellé, p. 133 ; CE 14 février 1913, Ducreux, p. 201 ; S 1918, 3, p. 35 ; CE 4 juin 1937, Société Henri Perrot et compagnie, p. 553 ; CE 3 février 1939, Association dite Armée du salut, p. 58.

⁴⁷⁹ CE 1er avril 1936, Syndicat des épiciers détaillants de Toulon, p. 435.

⁴⁸⁰ V. CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid Nouraï, notes Dubouis et Beaud ; *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet ; *LPA* 1989, n° 149, note Derouin ; *RTDE* 1989, p. 509, note Vergès.

Despujol⁴⁸¹, aucune raison d'écarter les vices initiaux de l'acte des moyens ouverts aux requérants.

Toute illégalité du règlement justifie l'annulation du refus de l'abroger. Ce refus est illégal aussi bien en cas d'illégalité initiale de l'acte qu'en cas de changement de circonstances ultérieur.

L'argument classique selon lequel la contestation des illégalités initiales ne pouvait être admise sans remettre en cause le délai du recours pour excès de pouvoir⁴⁸² n'est pas dirimant.

Pas plus que dans tout autre domaine, elle n'a un tel effet lorsqu'elle se produit à l'appui de la contestation du refus d'abroger un règlement. Les délais de recours ne sont pas tournés puisque l'acte contesté n'est pas le même.

La jurisprudence Compagnie Alitalia est donc en fait moins une révolution juridique que la reconnaissance attendue d'une solution autorisée par la jurisprudence sur l'exception d'illégalité.

Le caractère perpétuel de la contestation indirecte des actes réglementaires se traduit concrètement par leur remise en cause longtemps après l'expiration du délai de recours. Elle peut se produire des décennies après.

Ainsi dans l'arrêt Abbé Moirat, le règlement municipal relatif aux processions est-il contesté plus de quarante ans après son édicton⁴⁸³, tout comme dans l'arrêt Chrétien⁴⁸⁴ de 1935 est rejetée au fond l'exception visant un plan d'alignement datant de 1881.

⁴⁸¹ V. CE 10 janvier 1930, Despujol, *S* 1930, 3, p. 41, note Alibert ; *D* 1930, 3, p. 16, note Josse.

⁴⁸² V. P-L. Josse note sous CE 9 juillet 1926, Abbé Retailleau, *DP* 1929, 3, p. 52 : "l'objection à ce système vient immédiatement : on abolit en réalité tout délai de recours contre les règlements puisqu'à toute époque l'autorité compétente pourra être interpellée et sommée en quelque sorte d'abroger un règlement et que l'annulation de son refus l'y contraindra en fait".

⁴⁸³ V. CE 1er mai 1929, Abbé Moirat, p. 438 ; *S* 1929, 3, p. 87 . V. également, CE 23 novembre 1928, Évêque d'Autun, p. 1214 ; CE 14 mars 1934, Abbé Péan, p. 338.

⁴⁸⁴ V. CE 28 mai 1935, Chrétien, p. 630.

L'arrêt Ah Won⁴⁸⁵, rendu en matière de contestation par voie d'exception de la légalité de l'application d'un règlement argué d'illégalité par suite de changement dans les circonstances de droit, vise un décret de 1933 devenu illégal à la suite de la survenance du Préambule de la Constitution de 1946. C'est le même changement de circonstances juridiques qui motive, en 1989⁴⁸⁶, la déclaration d'illégalité de décrets de 1937 et 1938.

La consécration du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des règlements est solidement établie. Elle ressort de multiples solutions jurisprudentielles concordantes. Elle est très favorable aux requérants qui n'hésitent pas, parfois, à focaliser leur argumentation sur la décision dont celle qu'ils attaquent n'est qu'une application⁴⁸⁷. La doctrine lui a assigné un fondement indiscuté.

2 - Le fondement du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des règlements.

La doctrine est unanime dans son explication du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des actes réglementaires. Plus encore, le peu de développements qu'elle consacre à son fondement témoigne de ce que ce dernier est, à ses yeux, indiscutable.

La nature de l'acte réglementaire justifie sa fragilité perpétuelle. "La permanence des règlements qui peuvent donner lieu à un nombre indéfini d'applications, le fait qu'ils sont insusceptibles de donner naissance à des droits acquis, a conduit la jurisprudence à porter atteinte, de différentes manières, au

⁴⁸⁵ V. CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won, p. 33 ; *RDP* 1982, p. 816, note Drago, p. 822, concl. Bacquet ; *AJDA* 1982, p. 440, chr. Tiberghien et Lasserre ; *D* 1983, IR, p. 235, obs. P. D. ; *JCP* 1983, II, 19968, obs. Barthélémy ; *RA* 1983, p. 390, note Pacteau.

⁴⁸⁶ V. CE 26 juin 1989, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, *AJDA* 1989, p. 725, obs. Prétot.

⁴⁸⁷ V. par exemple, CE 20 janvier 1992, Ville de Caen, p. 28.

caractère définitif du règlement non attaqué dans le délai. Elle a admis, notamment, que les intéressés pouvaient à toute époque invoquer l'illégalité d'un règlement pour obtenir l'annulation d'un acte pris en application de ce règlement"⁴⁸⁸. Deux aspects sont donc principalement invoqués à cet égard.

En premier lieu, est avancée la permanence du règlement. "Le propre de la décision réglementaire est d'édicter des règles qui s'imposent à un nombre indéterminé de personnes ou de situations. Expression d'un pouvoir d'une essence particulière, elle a, en principe, une valeur permanente (...). L'application individuelle faite ultérieurement de l'acte réglementaire fera naître l'intérêt à en contester la légalité : c'est ainsi que se justifie l'exception d'illégalité et sa recevabilité"⁴⁸⁹.

En d'autres termes, "le règlement n'est jamais générateur de droits de nature à postuler son intangibilité ; il constitue, d'autre part, un acte général et permanent susceptible d'un nombre indéfini d'applications individuelles"⁴⁹⁰.

"Il a un caractère de fixité, de permanence (...) ; il s'applique à l'ensemble du territoire français, il statue pour la généralité des citoyens ; il remonte ainsi à l'exécution collective de la loi"⁴⁹¹. "L'exception d'illégalité permet donc, malgré l'expiration du délai de recours, d'éviter, à l'occasion de litiges relatifs à des mesures postérieures, que se perpétue indéfiniment et sans sanction possible l'application de textes réglementaires illégaux"⁴⁹².

Mais c'est surtout, en second lieu, le caractère non générateur de droits des règlements qui retient l'attention de la doctrine. "Les règlements, à la différence

⁴⁸⁸ J-M. Auby et R. Drago, *Contentieux administratif*, 3ème éd., LGDJ, 1984, n° 799.

⁴⁸⁹ P. Laurent, concl. sur CE 17 juin 1955, Association pour la sauvegarde du parc des sports André Rondenay, *AJDA* 1955, p. 288.

⁴⁹⁰ J-M. Auby, *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux*, *RDP* 1959, p. 431.

⁴⁹¹ P. Matter, concl. sur TC 16 juin 1923, Septfonds, *D* 1924, 3, p. 41.

⁴⁹² Y. Robineau et M-A. Feffer, note sous CE Ass 18 janvier 1980, Bargain, *AJDA* 1980, p. 91.

des actes particuliers, ne peuvent donner naissance à des droits dont l'existence ferait obstacle à un nouvel examen de leur légalité"⁴⁹³ .

En effet, "l'acte individuel crée une situation de droit, qu'il est bon de ne pas compromettre par un recours tardif, tandis que l'acte général, s'adressant à un nombre indéterminé de situations, ne crée de droits acquis qu'à l'occasion de chacune de ses applications"⁴⁹⁴.

La déclaration d'illégalité ne conduisant pas à une annulation mais seulement au constat de l'illégalité d'un acte⁴⁹⁵ n'aurait donc, selon la doctrine dominante, qu'un effet mineur lorsqu'elle porte sur un règlement : "lorsque le juge refuse de concourir à l'application d'un règlement, il ne porte pas atteinte à cet acte administratif qui pourra recevoir par la suite un nombre incalculable d'applications"⁴⁹⁶.

Certes, en vertu de la jurisprudence Ponard⁴⁹⁷, la reconnaissance de l'illégalité d'un acte implique l'illégalité de toute application future mais lorsqu'elle vise un règlement, ce dernier pourra toujours être appliqué par l'administration à ses risques et périls. Si le particulier qui en est le destinataire n'attaque pas la mesure d'application en raison du vice du règlement, cette mesure survivra. Au contraire, la déclaration d'illégalité d'un acte individuel est considérée comme valant annulation de fait car, écarté de la seule situation où il est mis en oeuvre, il perd toute chance d'être appliqué.

"Si l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire est recevable, c'est d'abord que l'acte réglementaire ne fait pas acquérir, par lui-même des droits, et, ensuite, que, lorsque cette exception est fondée, elle n'aboutit qu'à suspendre son

⁴⁹³ J-M. Auby, note sous CE Plen.10 janvier 1964, Simonnet et, même jour, Syndicat national des bibliothèques, S 1964, p. 234.

⁴⁹⁴ C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937, p. 165.

⁴⁹⁵ Sur cet effet de l'exception d'illégalité, v. infra, Troisième Partie, Chapitre I, p. 574 et s.

⁴⁹⁶ J. Lacroix, *L'appréciation de la légalité des règlements administratifs par les tribunaux judiciaires*, Thèse Nancy, 1931, p. 25.

⁴⁹⁷ V. CE Sect. 14 novembre 1958, Ponard, p. 554.

application au cas d'espèce pendant devant le juge (...) Cette exception ne peut jamais porter atteinte aux droits acquis"⁴⁹⁸.

Le fondement du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des règlements réside donc dans la considération de la permanence de ces actes et de l'absence de droits créés qui interdit d'assimiler leur déclaration d'illégalité à une annulation puisqu'elle n'empêche pas, dans une autre espèce, qu'il en soit fait application par l'administration, à ses risques et périls.

Cette solution simple est d'application générale même si elle a connu une récente dérogation législative opérée, en matière d'urbanisme, par la loi du 9 février 1994 selon laquelle "l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause"⁴⁹⁹.

Hormis cette hypothèse particulière, l'exception d'illégalité d'un règlement peut être admise à toute époque puisqu'elle ne remet pas en cause les règles de délai de recours par voie d'action. Tel est le point d'équilibre atteint, à l'égard des règlements, pour concilier le respect du principe de légalité et la sécurité juridique. La nature fort différente des actes non réglementaires justifie, quant à elle, la consécration d'une solution inverse.

B - Le caractère en principe temporaire de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires.

Il était difficile au juge administratif d'exclure toute exception d'illégalité visant un acte non réglementaire, qu'il s'agisse d'un acte particulier ou d'un acte individuel. En effet, l'ouverture à leur égard du recours pour excès de pouvoir doit

⁴⁹⁸ F. Chevallier, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, AJDA 1981, p. 331.

⁴⁹⁹ Loi n° 94-112 du 9 février 1994, créant un nouvel article L 600-1 dans le code de l'urbanisme ; v. supra, p. 381.

s'accompagner, au moins dans le même délai, de l'ouverture du droit d'en contester indirectement la légalité. C'est à cette position que se tient, en principe, le juge. L'exception d'illégalité des actes non réglementaires est recevable tant que ses actes ne sont pas définitifs. Cependant, fort restrictif pour les justiciables, ce principe connaît des exceptions qui, en allongeant la durée de contestation indirecte, contribuent, paradoxalement, à rendre leur tâche délicate.

1 - Le principe de la recevabilité temporaire.

L'exception d'illégalité des actes individuels ou particuliers n'est pas, en principe, irrecevable⁵⁰⁰. Elle est seulement soumise à une règle de délai très stricte : elle n'est recevable que tant que l'acte n'est pas devenu définitif. Comme précédemment à l'égard des règlements, il convient de présenter dans un premier temps la jurisprudence dont il ressort le caractère temporaire de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires. Les solutions sont, en effet, subtiles parce qu'elles mettent en jeu de multiples principes et dérogations. La doctrine n'a pu, une fois encore, que tenter d'en dégager les critères *a posteriori*.

a - Les manifestations.

Affirmer que l'exception d'illégalité d'un tel acte n'est recevable que tant qu'il n'est pas devenu définitif recouvre deux situations : tant que le délai du recours n'est pas expiré contre cet acte, l'exception d'illégalité est recevable, elle perd cette qualité à l'expiration du délai.

⁵⁰⁰ Contrairement à ce que laisse entendre M. Barthélémy (*Exception d'illégalité*, JCA, Fasc. 1160, n° 92) qui reconnaît cependant aussitôt après que "l'exception d'illégalité est certes recevable même à l'encontre d'un acte non réglementaire lorsque le délai de recours en annulation contre cet acte n'est pas encore expiré : le requérant n'est, en effet, pas tenu d'en demander l'annulation et peut se contenter d'en soulever l'illégalité par voie d'exception".

- La recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires non définitifs.

Cette situation peut se produire naturellement lorsque, dans le délai du recours contre l'un de ces actes, est attaquée l'une de ses mesures d'application et que l'exception d'illégalité est soulevée⁵⁰¹.

La solution a été affirmée par l'arrêt *Ministre des anciens combattants c/ Antoine* : "les juridictions de pensions, lesquelles ont la qualité de juridictions administratives, statuent sur l'exception tirée par les intéressés de l'illégalité de décisions administratives leur déniaient cette qualité, dans le cas, du moins, où ces décisions ne sont pas devenues définitives et sont encore susceptibles de recours devant la juridiction administrative compétente"⁵⁰². Elle justifie également la célèbre jurisprudence *Dame Cachet* dans le contentieux du retrait des actes créateurs de droits. En effet, la légalité d'un retrait est soumise depuis cet arrêt à l'illégalité de l'acte objet du retrait, et met donc systématiquement en oeuvre une exception d'illégalité. "D'une manière générale, s'il appartient aux ministres, lorsqu'une décision administrative ayant créé des droits est entachée d'une illégalité de nature à en entraîner l'annulation par la voie contentieuse, de prononcer eux-mêmes d'office cette annulation, ils ne peuvent le faire que tant que les délais du recours contentieux ne sont pas expirés ; dans le cas où un recours contentieux a été formé, le ministre peut encore même après l'expiration de ces délais, et tant que le Conseil d'État n'a pas statué, annuler lui-même l'acte attaqué dans la mesure où il a fait l'objet dudit recours et en vue d'y donner satisfaction mais il ne saurait le faire que dans les limites où l'annulation a été demandée par

⁵⁰¹ V. CE 22 mai 1991, *Castaing David*, *GP* 1991, I, J, p. 503.

⁵⁰² CSCP Plen. 1er juillet 1970, *Ministre des anciens combattants c/ Antoine*, p. 453.

le requérant et sans pouvoir porter atteinte aux droits définitivement acquis par la partie de la décision qui n'a, dans les délais, été ni attaquée ni rapportée"⁵⁰³.

Le caractère non définitif de l'acte, critère de recevabilité de son exception d'illégalité, n'est pas uniquement lié à l'invocation de celle-ci dans les deux mois de son édicition. Plusieurs causes peuvent justifier qu'au-delà de cette date, l'acte, faute d'être devenu définitif puisse faire l'objet d'une exception d'illégalité.

La contestation de l'acte peut d'abord ne pas être soumise à des conditions de délai. Ce cas se manifeste pour les décisions prises en matière de travaux publics et, de ce fait, celles-ci sont assorties d'une recevabilité perpétuelle de leur exception d'illégalité⁵⁰⁴. La même remarque peut être faite pour les décisions qui n'ont pas été régulièrement publiées. "Dès lors qu'une décision administrative est incorrectement ou incomplètement publiée, cette publication ne fait pas courir le délai à l'égard des prétentions que les requérants éventuels pourront élever le jour où ils auront découvert le vice que dissimulait la publication incomplète et incorrecte"⁵⁰⁵.

Certaines catégories d'actes sont considérées comme insusceptibles de faire courir un délai de recours en raison de leur nature. Il s'agit tout d'abord de l'acte inexistant qui "ne produira aucun des effets juridiques voulus par son auteur.

⁵⁰³ CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, p. 790 ; *RD*P 1922, p. 552, concl. Rivet ; S 1925, 3, p. 9 note Hauriou. V. également CE 24 novembre 1922, Baldochi, p. 877 ; CE 15 décembre 1922, Serra, p. 934 ; CE 13 juillet 1923, Inglis, p. 577 ; CE 15 février 1935, Barboud, p. 196 ; CE 28 janvier 1938, Pichard, p. 102 ; CE 21 janvier 1948, Lalanne, p. 28 ; CE 4 décembre 1959, Ministre du travail c/ Geoffroy, p. 654 ; *RD*P 1960, p. 132, note Waline ; CE 3 octobre 1965, Ministre de la construction c/ Moivet, p. 844 ; CE 19 janvier 1972, Chauvin, p. 974 ; CE 12 mai 1976, Gillet, *RD*P 1977, p. 229 ; CE 20 octobre 1976, Tabard, p. 430 ; CE 19 juin 1982, Plottet, p. 217 ; CE 2 octobre 1987, Castel, *RFDA* 1988, p. 869, concl. E. Guillaume ; CE 10 juin 1988, Commune de Sèvres, *DA* 1988, n° 405.

⁵⁰⁴ V. CE 25 janvier 1989, Époux Repetto, *DA* 1989, n° 92 ; CE 10 mars 1989, Commune de l'Isle sur Sorgue, *DA* 1989, n° 239.

⁵⁰⁵ M. Long, concl. sur CE 6 juin 1958, Ayissi, p. 323. V. également CE 23 décembre 1904, Barthès, p. 869 ; CE 28 janvier 1938, Pichard, p. 102 ; CE 4 juin 1954, Demoiselle Le Roux, p. 348 ; CE 15 juillet 1961, Granger, p. 1131 ; *D Ouv* 1961, p. 251, concl. Kahn ; CE 24 janvier 1969, Ministre du travail c/ Syndicat national des cadres des organismes sociaux, p. 39 ; *D* 1969, J, p. 273, concl. Baudouin, p. 440, note Dutheil de la Rochère ; CE 6 juillet 1977, Consorts Girard, *RD*P 1977, p. 1323, note Waline. V. également concernant des contestations de décisions de retrait, CE Ass. 6 mai 1966, Ville de Bagneux, *AJDA* 1966, p. 485, chr. Puissochet et Lecat ; CE 19 juin 1982, Plottet, p. 217 ; CE 27 avril 1988, Marabuto, p. 166 ; *JCP* 1989, II, 21224, obs. J-M. Maublanc ; *AJDA* 1988, p. 449, chr. Azibert et de Boisdeffre.

Tout intéressé pourra invoquer cette inexistence, par tous moyens (action ou exception) à toute époque. L'irrégularité ne pourra jamais être couverte d'aucune manière⁵⁰⁶. Cela justifie l'admission sans condition de délai de l'exception d'illégalité⁵⁰⁷.

Il en va de même, ensuite, pour les actes obtenus, pour ne pas dire soutirés, par des manoeuvres frauduleuses. "De l'acte entaché de fraude, il ne peut résulter pour son bénéficiaire, c'est-à-dire pour l'auteur de la fraude, aucun droits acquis : il en résulte que l'acte entaché de fraude peut être légalement retiré après l'expiration du délai de recours contentieux (...) dès lors (...) il semble certain que non seulement cet acte peut être rapporté à tout moment, mais qu'il peut également être déféré sans condition de délai au juge de l'excès de pouvoir". "Cette possibilité de contester l'acte sans condition de délai (...) est inhérente à la notion d'acte non susceptible d'acquérir un caractère définitif"⁵⁰⁸.

Dans tous les cas qui viennent d'être présentés, il est possible d'affirmer que, faute pour le délai de recours d'avoir commencé à courir, l'exception d'illégalité est recevable perpétuellement. Une nuance s'impose simplement dans le cas d'une publication irrégulière ou incomplète : dès lors que la légalité de l'acte est contestée, fût-ce par voie d'exception, le juge le tient alors pour connu et publié à l'égard du requérant. La théorie de la connaissance acquise peut également jouer contre ce dernier⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ G. Jèze, *La sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, RDP 1913, p. 294.

⁵⁰⁷ V. notamment CE 22 janvier 1954, Pacha, p. 46 (*a contrario*) ; CE 3 février 1956, de Fontbonne, RDP 1956, p. 859, note Waline ; CE 31 mai 1957, Rosan Girard, p. 355, concl. Gazier, D 1958, p. 153, note P. W. ; AJDA 1957, chr, p. 275 ; CE 5 mars 1978, Ministre délégué à l'économie et aux finances c/ A. Ramassamy, p. 678 ; CE Ass. 15 mai 1981, Maurice, AJDA 1982, p. 86, concl. Bacquet.

⁵⁰⁸ M. Galabert, concl. sur CE Sect. 18 novembre 1966, Ministre des travaux publics et des transports c/ Silvani, AJDA 1967, p. 222. V. également, CE 12 avril 1935, Sarovitch, p. 520 ; CE 10 mars 1976, Baillet, p. 753 ; CE 17 mars 1976, Todechini, p. 157 ; CE 20 octobre 1976, Tabard, p. 430 ; TA Clermont-Ferrand 17 octobre 1985, Arvis, RFDA 1986, p. 810, concl. Madec.

⁵⁰⁹ V. sur ce point CE 6 juin 1958, Ayissi, p. 323, concl. Long.

Il existe d'autres cas où l'exception d'illégalité est recevable, faute pour l'acte d'être devenu définitif, sans qu'elle puisse être considérée comme perpétuelle.

Il s'agit, en premier lieu, de la situation très exceptionnelle dans laquelle une loi est venue suspendre ou rouvrir le délai du recours contre certains actes. Si des actes non réglementaires bénéficient de cette disposition, ils peuvent voir prolonger d'autant leur remise en cause par voie d'exception⁵¹⁰.

La prorogation du délai, et donc de la recevabilité de l'exception d'illégalité, peut, en second lieu, résulter de l'exercice par le requérant d'un recours administratif ou contentieux⁵¹¹. La solution est admise dans le cadre du retrait depuis l'arrêt Dame Cachet lui-même : le retrait d'une décision créatrice de droit est légal si la décision n'est pas devenue définitive en raison de l'exercice contre elle d'un recours administratif ou juridictionnel⁵¹².

La décision de retrait doit, cependant, porter sur les seules dispositions non définitives de l'acte, si celui-ci n'a fait l'objet que d'une contestation partielle. Cela ressort d'un arrêt Kremer de 1936 : "en admettant même que l'arrêté du 17 juin 1933, par lequel avait été reconnu au sieur Kremer un droit à pension de retraite, fût entaché d'une illégalité, ledit arrêté ne pouvait être rapporté par le Ministre de la Justice que dans le délai du recours ou dans les limites de la requête par laquelle le sieur Kremer demandait au Conseil d'État l'annulation dudit arrêté"⁵¹³.

Le juge reproduit le même raisonnement lorsque l'exception d'illégalité se produit indépendamment d'une décision de retrait : l'exercice d'un recours

⁵¹⁰ V. pour le premier cas, CE 2 octobre 1957, Ménard, p. 921 ; et pour le second cas, CE 30 octobre 1942, Dissard, p. 296.

⁵¹¹ Naturellement, dans le deuxième cas, seul est prorogé le délai de recevabilité de l'exception d'illégalité puisque le recours contentieux est, quant à lui, exercé.

¹⁹² V. outre l'arrêt Dame Cachet précité, CE 4 décembre 1959, Ministre du travail et Geoffroy, p. 654 ; *RDP* 1960, p. 132, note Waline ; CE Ass. 6 mai 1966, ville de Bagnaux, *AJDA* 1972, p. 468, concl. Braibant ; CE 23 février 1979, Maïa, p. 597 ; CE 10 février 1982, Angeletti, p. 63 ; *D* 1983, IR, p. 234, obs. P. Delvolvé ; *GP* 1983, I, p. 140, note Moderne.

⁵¹³ CE Sect. 12 juin 1936, Kremer, p. 638 ; *DP* 1936, p. 53, concl. Lagrange.

contentieux, fût-ce par un tiers, suffit à entraîner la recevabilité de l'exception d'illégalité de l'acte qui en est l'objet à l'appui d'un autre recours⁵¹⁴. Logiquement, si le recours contentieux est dirigé contre certaines des dispositions de l'acte, dispositions autres que celles dont l'illégalité est excipée, le moyen est déclaré irrecevable⁵¹⁵ comme dans l'affaire Kremer.

L'admission, en cas d'exercice d'un recours contre un acte, de son exception d'illégalité dans le cadre d'une autre affaire soulève néanmoins une difficulté.

Que se passe-t-il si, après le dépôt du moyen constitué par l'exception et alors que le recours contre l'acte en cause était encore pendant devant un juge, ce dernier rend un jugement de rejet non frappé d'appel ? Le juge saisi du second recours est-il tenu de rejeter l'exception comme irrecevable car dirigé contre un acte devenu définitif ? Cette interrogation porte en fait sur la détermination de la date à laquelle doit être appréciée la recevabilité de l'exception entendue comme un moyen. Le juge doit-il se placer pour procéder à cet examen au jour du dépôt de l'exception⁵¹⁶ ou au jour du jugement, tenant alors compte de l'éventuelle expiration du délai contre l'acte ?

Le problème a été précédemment abordé⁵¹⁷ au travers d'un arrêt par lequel le Conseil d'État, désireux de rejeter une exception d'illégalité, l'a déclarée irrecevable en raison du rejet, le même jour, du recours direct dont l'acte qu'elle vise faisait l'objet. Malgré l'exercice d'un recours direct qui permet de reconnaître la recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire, la recevabilité

⁵¹⁴ V. CE 21 juin 1912, Cotton, p. 697 ; CE 4 janvier 1964, Ministre de l'intérieur c/ Limonier, p. 2 ; CE 8 octobre 1965, Marfaing, p. 497, concl. Bertrand ; *AJDA* 1966, p. 156, chr. Puissochet et Lecat ; CE 9 novembre 1966, Tombouros, p. 593 ; *D* 1967, J, p. 697, concl. Braibant ; CE 23 juillet 1974, Ferrandiz Gil Ortega, p. 477 ; CE Sect. 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes, *RFDA* 1993, p. 250, concl. Toutée ; Pdt. Sect. Cont. du CE 24 février 1993, Olivia, *DA* 1993, n° 169.

⁵¹⁵ V. CE 8 mai 1963, Lejeaille, p. 284.

⁵¹⁶ Qui peut ne pas être celui du dépôt du recours, si le moyen constitué par l'exception d'illégalité porte sur une cause juridique "non nouvelle".

⁵¹⁷ V. l'arrêt CE Sect. 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes, précité et v. supra, Chapitre I, p. 287.

n'est plus admise si au jour du jugement sur l'exception d'illégalité, le recours contre l'acte litigieux a été rejeté⁵¹⁸.

Cette solution a été précédemment critiquée en montrant que le raisonnement finaliste du juge s'est, en l'espèce, trompé de cible. Si, conformément à l'opinion du commissaire du gouvernement Toutée, l'exception d'illégalité devait être rejetée, ce devait être pour inopérance⁵¹⁹ et non pour irrecevabilité.

Le raisonnement construit *a posteriori* par M. Toutée est, en effet, contraire à une jurisprudence constante qui affirme que la recevabilité d'un moyen doit s'apprécier au jour du dépôt du recours (ou du moyen) et non au jour du jugement. "La recevabilité d'un moyen, comme d'une requête doit s'apprécier à la date à laquelle il est présenté, et non à la date à laquelle [le Conseil d'État l'examine]. Il peut arriver que la décision individuelle qui est arguée d'illégalité devienne définitive en cours d'instance, par le simple effet de l'expiration des délais : l'exception d'illégalité, présentée en temps utile, n'en demeure pas moins recevable ; il doit en aller de même si le caractère définitif de la décision résulte d'une autre cause, tel qu'un désistement"⁵²⁰.

Ce fait est avéré, en matière même d'exception d'illégalité, par la recevabilité des exceptions d'illégalité d'actes non encore définitifs parce que le délai de recours n'était pas encore expiré au moment de l'invocation du moyen. L'expiration ultérieure de ce délai n'a jamais été considérée comme rendant l'exception irrecevable. Si la solution de l'arrêt critiqué était consacrée en jurisprudence, l'exception d'illégalité des actes non réglementaires ne pourrait être

⁵¹⁸ Evidemment si le recours a abouti à une annulation, l'exception d'illégalité est non seulement recevable mais constitue un moyen d'ordre public puisqu'il ne saurait être porté atteinte à l'autorité absolue de la chose jugée.

⁵¹⁹ Car une nomination n'est pas unie à une mutation par un lien d'opérance. V. la démonstration de ce point, *supra*, Chapitre I, p. 287.

⁵²⁰ G. Braibant, concl. sur CE Sect. 9 novembre 1966, *Sieur X*, *D* 1967, J, p. 696.

reçue qu'à l'égard des seuls actes insusceptibles d'acquiescer un caractère définitif. Fort heureusement, tel n'est pas l'état du droit.

L'examen de la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire s'effectue donc, contrairement à ce qu'a laissé entendre le Conseil d'État, en 1991, au jour du dépôt du moyen. Tel est manifestement le sens de cet extrait des conclusions du commissaire du gouvernement Bertrand sur l'arrêt Marfaing⁵²¹ : "le sieur Marfaing est certes recevable à invoquer à l'appui de ses conclusions les vices dont serait entachée la décision par laquelle il a été écarté du concours, décision individuelle à l'égard de laquelle les délais de recours contentieux n'étaient pas encore expirés quand il a introduit sa demande devant le Tribunal administratif".

Il importe de nuancer l'arrêt Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes. Témoinant des risques du raisonnement téléologique, il est préférable d'y voir non un revirement de jurisprudence mais un arrêt isolé⁵²². Un arrêt postérieur confirme d'ailleurs cette interprétation⁵²³.

Le principe est clair : est déclarée recevable l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire si lors du dépôt de ce moyen, l'acte en cause n'était pas encore définitif. Cela signifie, inversement, qu'est irrecevable l'exception d'illégalité de l'acte non réglementaire définitif.

⁵²¹ V. CE Sect. 8 octobre 1965, Sieur Marfaing, p. 497, concl. Bertrand.

⁵²² V. cependant, CE Sect. 4 janvier 1964, *Ministre de l'intérieur c/ Limonier*, p. 2, dans lequel il est affirmé que "si lorsqu'ils ont introduit leurs pourvois devant le tribunal administratif à une date où la requête de la fédération était encore pendante devant le juge de l'élection, les sieurs Limonier et autres étaient, malgré l'expiration du délai du recours contentieux, recevables à invoquer les irrégularités dont ils estimaient que les élections à la commission paritaire étaient entachées, l'intervention en cours d'instance de la décision du Conseil d'État rejetant la requête de la fédération a eu pour effet de rendre définitives les élections contestées et devait par voie de conséquence nécessaire entraîner le rejet comme mal fondé du moyen invoqué par les sieurs Limonier et autres à l'appui de leur recours pour excès de pouvoir". Cette solution n'est cependant pas nécessairement contraire à la jurisprudence classique car, d'une part, le rejet de l'exception intervient au fond et non pour irrecevabilité, d'autre part, le contentieux électoral est très particulier, comme en témoigne le fait que "la validité de ces opérations électorales ne pouvait être appréciée que par le juge de l'élection à l'occasion d'un recours tendant à l'annulation desdites opérations".

⁵²³ V. CE 16 novembre 1994, Traoré, *JCP* 1995, SC, p. 172, obs. Julien-Laferrière.

- L'irrecevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs.

Innombrables sont les espèces dans lesquelles l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire a été rejetée en raison du caractère définitif de celui-ci. La solution est anciennement admise. Le Conseil d'État l'a ainsi consacrée en 1909⁵²⁴ : "le rôle du syndicat des digues de Méolion, pour 1905, a été arrêté après avoir été soumis à enquête et il a été signé par un syndic (...) qui ne serait pas directement intéressé aux travaux dont s'agit ; l'élection de ce syndic n'a fait l'objet d'aucune réclamation devant l'autorité compétente ; les requérants ne sont pas recevables à invoquer ce moyen à l'appui d'une demande en décharge d'une taxe syndicale".

La jurisprudence a constamment repris la solution⁵²⁵. Certains arrêts méritent toutefois une attention particulière par leur longue motivation.

⁵²⁴ V. CE 7 juillet 1909, Société Blanc et Escallier, p. 663.

⁵²⁵ V. notamment, CE 11 novembre 1910, David, p. 762 ; CE 17 février 1911, Pendaux, p. 196 ; CE 7 août 1911, Communauté des bénédictines de Notre-Dame du calvaire, p. 974 ; CE 9 mars 1930, Lentourne, p. 319 ; CE 16 juillet 1930, Broisson, p. 736 ; CE 17 novembre 1932, Antoine, p. 961 ; CE Sect. 15 novembre 1935, Destrées, p. 1063 ; CE 8 novembre 1950, Association diocésaine de Dax, p. 535 ; CE 28 juillet 1951, Anziani, p. 467 ; CE 2 juin 1954, Établissements Etchegoyhen, p. 322 ; CE 6 mai 1955, Esch-Chadely, p. 238 ; CE 27 février 1956, Association des moyens et petits propriétaires du Chesne, p. 92 ; CE 22 mars 1957, Charbonnier, p. 192 ; CE 27 octobre 1961, Commune du Moule, *AJDA* 1962, p. 555, note C.M. ; CE 19 juin 1963, Sylvano, p. 954 ; CE 21 juin 1967, Melki, p. 671 ; CE 11 janvier 1967, Laidet, p. 886 ; CE 26 juin 1968, Consorts Ferré, *DA* 1968, n° 251 ; CE Sect. 9 octobre 1970, Falceto, p. 558 ; CE 24 mars 1971, Fenié, p. 247 ; CE 28 mai 1975, Hospice Allart de Fourment, p. 323 ; CE 13 mai 1977, Glaunez et Fort, p. 213 ; CE 22 décembre 1978, Fédération nationale des distributeurs de films, p. 527 ; CE 18 mai 1979, Ménonville, p. 848 ; CE 13 février 1980, Lamarque, p. 77 ; CE 24 avril 1981, Époux Vilain, p. 877 ; CE 14 décembre 1981, SA centrale d'affichage et de publicité, p. 466 ; CE 1er décembre 1982, X, *RJF* 1983, n° 305 ; CE 21 février 1986, Vanderschelden, p. 340 ; *D* 1987, S, p. 191, obs. Llorens ; CE 17 octobre 1986, Consorts Guiheneuf, p. 389 ; CE 26 novembre 1986, Centre hospitalier de Fougères, *GP* 1987, I, J, p. 146 ; CE 17 juin 1988, Melki, p. 974 ; CE Sect. 23 décembre 1988, Association de défense de la qualité de la vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches du Rhône, p. 462 ; *CJEG* 1989, p. 273, concl. de la Verpillière ; *D* 1990, IR, p. 13, obs. Bon ; CE 30 juin 1989, Ministre de l'industrie, des P et T, et du tourisme c/ État de Sarre, p. 155 ; *CJEG* 1989, p. 333, concl. Fornacciarì, note Hétier ; *RFDA* 1989, p. 857, note Dubouis ; CE Sect. 30 novembre 1990, Élections cantonales de Chauffailles, *RFDA* 1991, p. 580, concl. Pochard ; *AJDA* 1991, chr. Honorat et Schwartz ; CE 1er avril 1992, SCI du Marais, p. 143 ; CE 6 avril 1992, Consorts Lazergues, *JCP* 1993, II, 22128, note Liet-Vaux ; TA Dijon 16 juin 1992, Commune de Coulances sur Yonne, *JCP* 1993, IV, 894 ; CE 30 octobre 1992, Burguin, *DA* 1992, n° 546.

“Ces mesures ont été, compte tenu du caractère et de l’objet de l’arrêté dont s’agit, suffisantes pour donner à celui-ci une publicité de nature à faire courir le délai du recours contentieux (...) ; ce délai était expiré à la date où le sieur Dufourniaud a introduit sa demande devant le tribunal administratif ; par suite l’arrêté du 5 septembre 1953 était devenu définitif à son encontre le 17 juillet 1959 ; par voie de conséquence, il ne pouvait utilement se prévaloir de la prétendue illégalité de ce premier arrêté pour demander l’annulation de l’arrêté du 2 mars 1959, nommant le sieur Dubos médecin-chef de service au centre hospitalier de Mont de Marsan”⁵²⁶.

“A l’appui de ses conclusions dirigées contre la disposition du jugement attaqué qui, statuant sur le procès-verbal de contravention de grande voirie dressé à son encontre (...) l’a condamné à démolir le ponton qu’il a maintenu sans autorisation sur le chenal maritime du Grau du Roi, le requérant se borne à invoquer des moyens tirés de l’illégalité de la décision par laquelle le chef du service maritime et de navigation (...) a refusé de renouveler l’autorisation d’occupation du domaine qui lui avait été accordée (...) ; cette décision lui a été notifiée par une lettre du 28 juin 1979 reçue par lui plus de deux mois avant l’enregistrement au greffe du tribunal administratif, le 13 septembre 1979, du mémoire dans lequel il contestait, pour la première fois, la légalité de cette décision ; il suit de là que les moyens tirés de l’illégalité du refus de renouveler l’autorisation domaniale dont bénéficiait Monsieur Boissier, présentés après l’expiration du délai du recours contentieux, et alors que le refus de renouveler cette autorisation était devenu définitif, ne sont pas recevables”⁵²⁷. Ces arrêts, notons le, établissent la recevabilité de l’exception d’illégalité à la date de son dépôt et non pas à la date du jugement. Il y a là une manifestation de la

⁵²⁶ CE Sect. 29 avril 1964, Dufourniaud, *JCP* 1964, II, 13723, concl. Galabert.

⁵²⁷ CE Sect. 26 juillet 1982, Boissier, p. 303, concl. Dondoux ; *AJDA* 1982, p. 696, chr. Lasserre et Delarue.

jurisprudence évoquée précédemment pour contredire la solution de l'arrêt Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes⁵²⁸.

D'autres formules sont plus laconiques mais tout aussi explicites : "faute d'avoir été contesté dans le délai de recours contentieux, le permis de construire dont s'agit est devenu définitif ; le requérant n'est, par suite, pas recevable à invoquer à l'appui de ses conclusions dirigées contre l'arrêté accordant une licence à la demoiselle Gil, un moyen tiré de la prétendue illégalité de ce permis de construire"⁵²⁹.

L'irrecevabilité n'est pas opposée au justiciable dans le seul cadre du recours pour excès de pouvoir. Elle se manifeste également en plein contentieux objectif⁵³⁰ comme en témoigne, en matière fiscale, l'arrêt Bachimont⁵³¹ : "le sieur Bachimont se borne à invoquer à l'appui des conclusions dirigées contre le rôle de répartition des sommes nécessaires au paiement des travaux litigieux, l'illégalité des arrêtés préfectoraux des 7 août 1958 et 31 janvier 1959 prescrivant lesdits travaux et leur exécution d'office ; comme il a été dit précédemment, lesdits arrêtés n'ont pas été déférés à la juridiction administrative aux fins d'annulation, dans le délai du recours contentieux ; dès lors le sieur Bachimont n'est pas recevable à se prévaloir à l'appui de ses conclusions d'une prétendue illégalité desdits arrêtés préfectoraux qui ne présentent pas un caractère réglementaire".

L'irrecevabilité n'est pas non plus opposée aux seuls administrés. Les personnes publiques ne peuvent ainsi tenter de se soustraire aux conséquences d'une décision non réglementaire définitive dont il leur est demandé de faire

⁵²⁸ V. supra.

⁵²⁹ CE 30 janvier 1974, Tissier, p. 74.

⁵³⁰ En matière de responsabilité pour illégalité l'exception d'illégalité des actes non réglementaires est, par dérogation au principe, recevable perpétuellement. V. infra, p. 462 et s.

⁵³¹ CE Sect. 1er octobre 1966, Bachimont, p. 510 ; *AJDA* 1966, p. 635, obs. Gautron. V. également, CE 7 mai 1931, Ministre des Pensions c/ Lépinat, p. 498 ; CE 20 juillet 1936, Bringuier, p. 813 ; CE 11 juillet 1947, Letremble, p. 312 ; CE 28 mai 1952, Société française d'exportation et de commission, p. 799 ; CE 4 octobre 1961, Ministre des Armées c/ Dame veuve Beaucamps, p. 534 ; CE Sect. 12 mars 1976, Ministre de l'équipement c/ Dame Bonnet, p. 153.

application, en arguant de son illégalité. Le juge administratif leur applique le même raisonnement : “le ministre de l’économie et des finances se fonde pour refuser de lui donner satisfaction sur ce que les arrêtés susanalysés des 29 juillet 1960 et 26 mars 1962 seraient illégaux ; lesdits arrêtés étant devenus définitifs, le ministre de l’économie ne pouvait plus, à la date à laquelle il a pris la décision attaquée, exciper de l’illégalité des arrêtés individuels dont le requérant se prévaut pour rejeter la réclamation de celui-ci, fondée sur les droits résultant de sa nomination”⁵³².

L’administration se voit par ailleurs fréquemment opposer l’irrecevabilité de l’exception d’illégalité des actes créateurs de droits définitifs dont elle a prononcé le retrait⁵³³.

Le principe de l’irrecevabilité de l’exception d’illégalité des actes non réglementaires définitifs est clairement établi. Les fondements avancés pour justifier la différence de solution par rapport aux règlements tiennent à la nature originale des premiers.

b - Les fondements.

Il n’est plus exact d’affirmer que “le rejet du recours indirect contre les actes spéciaux n’est applicable que dans les hypothèses où le législateur a marqué nettement sa volonté d’enfermer les plaintes des administrés dans un délai de rigueur”⁵³⁴. Le délai de recours de droit commun est réputé jouer pour tous les actes, réglementaires ou non. Ce n’est donc pas une volonté législative qui motive

⁵³² CE 22 mars 1968, Moreau, p. 204. V. également, CE Sect. 17 juillet 1950, Mathieu, p. 439 ; CE 17 mars 1954, Dardant, p. 163 ; CE 29 avril 1955, Lléu, p. 230 et, même jour, Morin, p. 231 ; CE Sect. 20 juillet 1971, Juste, p. 541 ; CE 9 février 1973, Ministre de la défense c/ Thadome, p. 125 ; CE 9 mai 1973, Grand, p. 340 ; CE Sect. 12 mars 1976, Ministre de l’équipement c/ Dame Bonnet, p. 153.

⁵³³ V. CE 1er juin 1923, Gras de Beler, p. 434 ; CE 25 avril 1934, Commune de la Celle Dunoise, p. 481 ; CE 23 mai 1962, Commune d’Arzeur, p. 336 ; CE 7 mai 1965, Ministre de la Santé publique c/ Galavielle, p. 264 ; *AJDA* 1965, p. 334, chr. Puybasset et Puissochet ; CE 4 février 1973, Ministre de la défense c/ Thadome, p. 125 ; CE 13 juillet 1977, Société de gestions foncières et d’études, p. 337 ; CE 30 mai 1980, Bierge, p. 593.

⁵³⁴ Alcindor, *Essai d’une théorie des nullités en droit administratif*, 1912, p. 94.

le rejet comme irrecevable de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire lorsqu'il est devenu définitif. La justification doit en être trouvée dans la nature de ces actes. D'une part, il est classique de démontrer que la déclaration d'illégalité d'un tel acte équivaut en fait à son annulation. D'autre part, les droits qu'il génère le plus souvent s'opposent à une remise en cause hors délai.

La doctrine rappelle, en premier lieu, que l'examen par voie d'exception de la légalité d'un acte non réglementaire conduit "à limiter ou à supprimer les effets de cet acte"⁵³⁵. Lorsque cela se produit alors que l'acte en cause n'était pas, au moment du dépôt du moyen, définitif, aucun argument ne s'y oppose puisque, par hypothèse, l'acte aurait alors pu être attaqué directement. Au contraire, s'il était, à ce moment là, définitif, la déclaration d'illégalité à laquelle peut aboutir l'examen de l'exception d'illégalité aurait pour cet acte les effets pratiques d'une annulation et permettrait donc aux justiciables de tourner les règles du délai. L'équilibre à trouver entre respect du principe de légalité et garantie de la stabilité juridique ne serait donc atteint que par l'ouverture du droit d'en contester la légalité par voie d'exception dans le délai du recours.

L'irrecevabilité de l'exception, après ce terme, "se conçoit aisément dans la mesure où la non-application qui résulterait de l'admission de l'exception d'illégalité aboutirait à priver, totalement, l'acte d'effet pour l'avenir et équivaldrait à une remise en cause de son existence malgré l'expiration du délai du recours contentieux"⁵³⁶.

La raison de ces effets particuliers de la déclaration d'illégalité est simple : "le juge, dans l'éventualité où il prononce l'illégalité de la décision, va ainsi l'écarter

⁵³⁵ F. Chevallier, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, AJDA 1981, p. 331.

⁵³⁶ J. Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, LGDJ, 1980, p. 247.

dans le seul cas où elle était susceptible de s'appliquer, c'est-à-dire qu'il va procéder à son anéantissement"⁵³⁷.

Tel est le principal argument également avancé pour décliner la compétence du juge répressif en matière d'appréciation de la légalité des actes non réglementaires⁵³⁸. Ceux-ci étant, le plus souvent, objet d'une seule application, les déclarer illégaux à l'occasion de la contestation de celle-ci revient, de fait, à les annuler. Or, le juge administratif seul doit être titulaire d'un tel pouvoir.

Le raisonnement est le même. Si la déclaration d'illégalité d'un acte réglementaire n'aboutit pas, en raison de la permanence d'un tel acte et du nombre indéfini de ses applications, à une annulation de fait, il est normal d'accorder le pouvoir de la prononcer au juge répressif et, également, d'admettre sans condition de délai l'exception d'illégalité, puisqu'elle ne permet pas de tourner les règles du délai de recours⁵³⁹. En revanche, la solution est inverse lorsque l'acte en cause est non réglementaire.

"C'est que, à y regarder de plus près, la portée de l'examen de validité, très différente dans l'un et l'autre cas, est beaucoup plus grave pour l'acte individuel que pour le règlement"⁵⁴⁰. En effet, "l'acte étant par définition individuel, si l'application en est écartée par le tribunal précisément à l'égard du particulier qu'il vise, il est évident que le refus du juge de le sanctionner le prive de toute efficacité : par cette attitude, le juge non seulement "troublerait" l'opération, mais en neutraliserait l'effet. Au contraire, quand nous sommes en présence d'un règlement, cet acte étant par sa nature même destiné à régir un nombre de cas et de personnes indéfini, le refus de sanction pénale opposé par le juge, qui ne vaudra qu'à l'égard d'un contrevenant déterminé, ne compromet point l'acte lui-

⁵³⁷ A. Homont, *L'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels par les tribunaux répressifs de l'ordre judiciaire*, JCP 1951, I, 956 ter.

⁵³⁸ V. supra, Première Partie, Chapitre I, p. 93 et s.

⁵³⁹ V. à ce sujet, supra, p. 436 et s.

⁵⁴⁰ A. Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 567.

même qui subsiste et demeure susceptible d'effet"⁵⁴¹. L'analyse de Mestre, en matière de compétence du juge pénal, est transposable au problème de la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité. Elle est d'ailleurs transposée puisque le raisonnement gouverne la jurisprudence à l'égard des exceptions visant tant des règlements que des actes non réglementaires.

Une autre explication, mise en oeuvre également pour justifier la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité des règlements, doit être étudiée. Elle a trait au caractère créateur de droits des actes non réglementaires. En effet, contrairement à l'acte réglementaire, l'acte individuel "est susceptible de créer des droits au profit de ces destinataires ou parfois de tiers, et il serait anormal qu'il soit possible de revenir sur cet acte après l'expiration des délais de recours"⁵⁴². Nous sommes alors dans un cas où apparaît "la nécessité, pour la paix sociale, de stabiliser des situations juridiques édifiées sur la base d'un acte juridique irrégulier"⁵⁴³.

"S'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les excès de pouvoir puissent toujours être réprimés, il y aussi un intérêt d'ordre public à ce que les situations faites et acceptées par les parties depuis longtemps ne puissent être éternellement dérangées sur la provocation de l'une d'elles"⁵⁴⁴. En effet, "la décision individuelle créatrice de droits n'institue aucune règle, elle a pour objet d'assigner à tel individu ou à tel objet une situation de droit déterminée dans le cadre des dispositions législatives ou réglementaires. En raison même de ces caractères, la stabilité

⁵⁴¹ Ibid.

⁵⁴² J-M. Auby, note sous CE 10 janvier 1964, Simonnet et, même jour, Syndicat national des cadres des bibliothèques, S 1964, p. 234. V. également, C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, 1937, p. 165 : "l'acte individuel crée une situation de droit qu'il est bon de ne pas compromettre par un recours tardif". Cet auteur ajoute en outre que "les actions indirectes naissent à l'occasion des applications or, les actes individuels n'en comportent pas", affirmation démentie par toute la jurisprudence admettant la recevabilité de l'exception d'illégalité de tels actes précisément à l'occasion du recours contre leur application.

⁵⁴³ G. Jèze, *La sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, RDP 1913, p. 294.

⁵⁴⁴ De L'Hôpital, concl. sur CE 20 mars 1862, p. 234.

constitue pour elle un impératif qui exclut l'éventualité d'une exception d'illégalité et exige la consécration des droits acquis par la clôture définitive du contentieux après l'expiration du délai de recours⁵⁴⁵.

Les justiciables ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes : "l'exécution n'est que la conséquence nécessaire de l'acte primitif (...) et les conséquences d'une décision individuelle étant pleinement prévisibles, il appartenait aux intéressés de faire preuve de vigilance pour préserver leurs droits en temps voulu"⁵⁴⁶.

Malgré la rudesse de telles considérations, le fondement de l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs paraît solide. Il est, au surplus, assorti de dérogations telles qu'il est possible d'affirmer que "la jurisprudence sur l'exception d'illégalité des actes individuels est dominée par des considérations pratiques, par le souci, en fait, de réduire au minimum, la portée de cette exception"⁵⁴⁷.

2 - Les dérogations au principe de la recevabilité temporaire.

La similitude que nous venons de remarquer entre les problèmes de détermination de compétence du juge répressif en matière d'exception d'illégalité et la recevabilité temporelle de celle-ci, ont conduit récemment la cour administrative d'appel de Nancy à un étrange raisonnement.

Prenant acte du caractère de sanction administrative de la décision critiquée incidemment, et donc de son caractère "pénalement sanctionné", elle a transposé la jurisprudence *Dame Le Roux*⁵⁴⁸ de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui ne vaut que pour la détermination de la compétence sur la question,

⁵⁴⁵ P. Laurent, concl. sur CE 17 juin 1955, Association pour la sauvegarde du parc des sports A. Rondenay, *AJDA* 1955, II, p. 288.

⁵⁴⁶ M. Ricard, obs. sous TA Versailles 8 février 1978, Dechègne, *AJPI*, février 1979, p. 16.

⁵⁴⁷ M. Galabert, concl. sur CE Sect. 29 avril 1964, Dufourniaud, *JCP* 1964, II, 13723.

⁵⁴⁸ V. Crim 21 décembre 1961, *D* 1962, J, p. 102, rap. Costa ; *JCP* 1962, II, 12680, note Lamarque.

au contentieux administratif, en en déduisant que ce caractère permettait de passer outre à l'expiration du délai contre la sanction.

“La loi susmentionnée du 19 juillet 1976, range la décision exigeant consignation d'une somme parmi les sanctions administratives ; de telles sanctions ne peuvent légalement être édictées que si les décisions qui lui servent de fondement sont elles-mêmes intervenues légalement ; il suit de là que l'exploitant [d'une installation classée] qui a fait l'objet d'une telle mesure peut exciper de l'illégalité des décisions individuelles devenues définitives dont la méconnaissance est invoquée par l'autorité administrative à l'appui de la sanction précitée”⁵⁴⁹.

La confusion est certaine. Elle autorise à écarter cette jurisprudence de l'exposé des dérogations ménagées au principe d'irrecevabilité de l'exception d'illégalité de l'acte non réglementaire définitif. L'une d'entre elles ne mérite plus qu'une citation en raison de son intérêt désormais historique. Il s'agit de la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité des délibérations individuelles des conseils municipaux en raison de la faculté ouverte à toute époque au préfet d'en déclarer la nullité de droit⁵⁵⁰.

Les deux dernières justifient un examen très détaillé en raison de leur complexité qui pourrait minorer l'intérêt qu'elles présentent pourtant pour les justiciables. Il est classique de les distinguer selon leur champ d'action, l'une ne valant que dans le cadre du contentieux de la responsabilité⁵⁵¹, l'autre ne jouant qu'en matière d'excès de pouvoir, par le biais de la notion d'opération complexe.

Sans remettre en cause sur le fond une telle présentation, il peut être intéressant de mettre plutôt en exergue leur conséquence quant à la recevabilité temporelle de l'exception. Ainsi, en matière de plein contentieux, l'exception d'un

⁵⁴⁹ CAA Nancy 31 décembre 1992, Société placage du centre, *DA* 1993, n° 177.

⁵⁵⁰ V. par exemple, CE 22 décembre 1944, Bonnichon, *DP* 1945, p. 204 ; CE 9 janvier 1959, Ville de Nice, p. 26.

⁵⁵¹ L'exception ne vaut que pour ce type de plein contentieux. En tout autre domaine, nous l'avons vu, la recevabilité obéit à la règle traditionnelle.

acte non réglementaire est perpétuelle, tandis que la notion d'opération complexe prolonge certes le délai de contestation indirecte en matière d'excès de pouvoir, mais conserve à la recevabilité de l'exception son caractère temporaire.

a - Le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité dans le contentieux de la responsabilité.

Le Conseil d'État reconnaît, depuis 1911, le droit à tout requérant de faire valoir, à l'appui d'un recours en indemnité, l'illégalité fautive d'une décision lui ayant causé un préjudice. La jurisprudence ne distingue pas selon que cette décision est, ou non, définitive : en la matière l'exception d'illégalité peut être décrite comme perpétuelle.

La solution résulte d'une jurisprudence dont les fondements ont été insuffisamment définis par la doctrine.

- Exposé de la jurisprudence.

La magistrale distinction des contentieux par Laferrière était trop récente à la fin du 19^{ème} siècle pour que la doctrine accepte que la responsabilité naisse de l'illégalité. Les frontières étaient alors nettement tracées. "Il ne faut point mêler la question de l'illégalité des actes administratifs, question qui est réservée au contentieux de l'excès de pouvoir, avec celle des indemnités qui pourraient être dues par les administrations, qui est une affaire de contentieux ordinaire ; et d'ailleurs, un acte accompli par la voie d'autorité ne peut par lui-même, s'il est irrégulier ou illégal, engager la responsabilité pécuniaire de l'administration"⁵⁵².

⁵⁵² M. Hauriou, note sous CE 15 décembre 1899, Adda, S 1900, 3, p. 73.

Le juge administratif, pressé en ce sens par les justiciables⁵⁵³, a pourtant rapidement bouleversé ce bel édifice juridique et reconnu que l'illégalité d'un acte administratif constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration.

L'arrêt éponyme de cette jurisprudence est l'arrêt Blanc, Argaing et Bézie du 31 mars 1911 dans lequel, après avoir constaté qu'un arrêté du maire de Carcassonne supprimant un certain nombre d'emplois communaux était entaché d'excès de pouvoir, le juge en a conclu à la responsabilité de la commune et l'a condamnée à verser des dommages-intérêts aux requérants victimes des décisions⁵⁵⁴.

Le contentieux de la responsabilité pour illégalité est évidemment soumis aux principes classiques de tout le droit de la responsabilité. Le requérant doit faire valoir un préjudice⁵⁵⁵ en relation de causalité⁵⁵⁶ avec l'acte illégal. Il ne doit pas exister de causes d'exonération, totale ou partielle⁵⁵⁷, de la responsabilité de la

⁵⁵³ Mais aussi par certains commissaires du gouvernement : "s'il y a méconnaissance des règles protectrices mises par la loi au fonctionnement des pouvoirs de l'administration, s'il y a violation des conditions extrinsèques imposées pour l'exercice de l'*impérîum*, il y a faute de service (...) et, par suite, en cas de dommage, la responsabilité de l'État doit être considérée comme encourue", concl. Teissier sur CE 29 mai 1903, Le Berre, p. 415, *RDP* 1904, p. 799, note Jèze.

⁵⁵⁴ V. CE 31 mars 1911, Blanc, Argaing et Bézie, *S* 1912, 3, p. 129, note Hauriou, qui salue chaleureusement une solution qu'il fustigeait quelques années plus tôt. Il convient de remarquer toutefois que le Conseil d'État a non seulement prononcé la condamnation pécuniaire de la commune mais a également annulé l'acte litigieux. C'était là un choix fortement critiquable mais qui tient peut être à l'exercice simultané d'un recours pour excès de pouvoir et d'un recours de plein contentieux. Quoiqu'il en soit, si tel n'était pas le cas, un arrêt Dubois du 3 décembre 1952, p. 556 est venu l'abandonner clairement.

⁵⁵⁵ V. par exemple, pour l'identification du préjudice subi par la victime d'une décision illégale, CE 10 mai 1912, Brindejoint, p. 550 ; CE 8 janvier 1930, Caputo, p. 14 ; CE 11 mai 1983, Compagnie pour l'équipement, le financement et la construction, *JCP* 1984, II, 20165, concl. Robineau ; CE 20 mars 1985, Commune de Villeneuve le Roi, p. 815 ; CE 7 novembre 1986, SARL Taxi thermal, *JCP* 1987, IV, p. 124 ; CE 20 novembre 1987, Bert, *JCP* 1988, IV, p. 48 ; CE 31 mars 1989, Coutras, *CJEG* 1990, p. 133, note Delpirou ; CAA Lyon, 17 juin 1990, Commune de Saint Engrève, *DA* 1990, n° 563 ; CE 29 juin 1990, Ministre des affaires sociales c/ Société du groupe Cerp, *D* 1991, Som, p. 231, obs. Bon et Terneyre.

⁵⁵⁶ V. notamment, CE 13 juillet 1961, Parnière, p. 1114 ; CE 3 mars 1965, Coudert c/ État, *AJDA* 1965, p. 487, obs. Moreau ; CE 19 juin 1981, Carliez, *AJDA* 1982, p. 103, concl. Genevois ; *D* 1982, IR, p. 56, obs. Bon ; CE 6 janvier 1989, Société des automobiles Citroën, *D* 1989, IR, p. 38 ; CE 31 mars 1989, Coutras, *CJEG* 1990, p. 133, note Delpirou.

⁵⁵⁷ V. notamment, CE 19 mars 1910, Roussière, p. 274 ; CE 6 mai 1955, Lacome, p. 237 ; CE 27 juin 1969, Compagnie maritime des chargeurs réunis, p. 344 ; *JCP* 1970, II, 16493, obs. Verrier ; CE 15 décembre 1972, Ministre de l'Éducation nationale c/ Lachenaud, *AJDA* 1974, p. 40, note V.S. ; CE 13 juin 1980, Haeuw, p. 872 ; CE 2 octobre 1981, Batier, *D* 1982, IR, p. 378, obs. Moderne et Bon ; CE 14 novembre 1984, Commune

puissance publique et, dans certaines hypothèses, l'illégalité doit être constitutive, non d'une faute simple, mais d'une faute lourde⁵⁵⁸.

Le juge a rapidement été confronté au problème de la recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs invoquée à l'appui de ces recours en responsabilité. Il est, en effet, logique pour un requérant de tenter, dans un premier temps, d'obtenir l'annulation de la décision qui lui fait grief et de n'utiliser, dans un deuxième temps, la voie du plein contentieux qu'en cas d'échec ou, le plus souvent, qu'en cas d'expiration des délais du recours pour excès de pouvoir.

“L'action en responsabilité, même si elle se fonde sur une illégalité constituant une faute à la charge de l'administration peut être intentée en dehors de tout recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision illégale (...). Par conséquent, un fonctionnaire atteint par une mesure disciplinaire peut, à son choix, se pourvoir en annulation de cette mesure supposée illégale par un recours pour excès de pouvoir, ou demander réparation du dommage qui lui a été causé par la mesure illégale, ou cumuler les deux actions, chacune de celles-ci ayant ses règles de procédure et de délai propres”⁵⁵⁹.

Précisément, la recevabilité de l'exception d'illégalité en matière de plein contentieux a immédiatement bénéficié d'un grand libéralisme : même à l'égard de l'acte non réglementaire définitif, elle est recevable sans condition de délai.

Un arrêt Duforêts de 1918 a nettement consacré ce point : “La circonstance qu'un arrêté de révocation n'aurait pas fait dans le délai légal l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé présente, après

de Longages, p. 364 ; TC 4 novembre 1985, Bouche, *D* 1986, IR, obs. Llorens ; *GP* 1986, I, p. 288, note Pacteau ; CE 18 juin 1986, Krier, p. 166 ; *D* 1987, J, p. 193, note Pacteau.

⁵⁵⁸ V. CE 2 juillet 1982, Szczepariach, p. 265 ; TA Rennes 7 février 1985, OGEC La Providence à Saint Brieu, p. 411 (*a contrario*) ; CE 21 novembre 1986, Association de gestion de Notre Dame de Verneuil, p. 704 ; CE 29 avril 1987, Ministre de l'Intérieur c/ École Notre Dame de Kernitron, *RFDA* 1987, p. 989, concl. Roux ; *D* 1988, SC, p. 57 ; CE 29 juin 1990, Ministre des affaires sociales c/ Société du groupe Cerp, *D* 1991, Som, p. 231, obs. Bon et Terneyre.

⁵⁵⁹ G. Vedel, obs. sous CE 3 décembre 1952, Dubois, *JCP* 1953, II, 7353.

l'expiration dudit délai, une demande d'indemnité fondée sur le caractère illégal de la mesure prise contre lui"⁵⁶⁰.

La solution n'a guère varié par la suite, les diverses formules jurisprudentielles, restant toujours sans ambiguïté. "En tant qu'elle tendait à l'annulation des arrêtés précités, la demande présentée le 1er juin 1937 a été à bon droit rejetée comme irrecevable, par le conseil du contentieux administratif ; la réclamation tendait également à l'allocation d'une indemnité en réparation du préjudice qu'il prétendait avoir subi en raison de la faute que l'administration aurait commise en autorisant une concurrence irrégulière et en refusant de mettre fin à cette situation ; une telle demande non soumise à l'observation du délai fixé par l'article 11 du décret du 5 août 1881 était recevable"⁵⁶¹.

"A l'appui d'une demande d'indemnité le sieur Pépin de Bonnerive est recevable à arguer d'illégalité, même après l'expiration du délai du recours contentieux, le refus de délivrance du diplôme d'ingénieur des Arts et Manufactures à l'issue des trois années de scolarité achevées en 1948 ; dès lors, le motif de rejet de cette demande par la décision ministérielle du 18 novembre 1950 et tiré de ce que ce refus serait définitif et inattaquable est sans valeur"⁵⁶².

Toutefois, il n'est pas possible, *a priori*, de prétendre qu'en matière de plein contentieux subjectif, l'exception d'illégalité des actes non réglementaires est

⁵⁶⁰ CE 8 décembre 1918, Duforêts, p. 974. V. également CE 26 mars 1920, Roussillon, p. 334 ; CE Sect. 3 août 1928, Bacon, p. 1035 ; CE 8 janvier 1930, Caputo, p. 14 ; CE 3 décembre 1952, Dubois, p. 555 ; *JCP* 1953, II, 7353, obs. Vedel ; CE 30 octobre 1953, Sorgniard, p. 462 ; CE 25 juin 1954, Weidmann, p. 386 ; CE 18 janvier 1957, Dame Cheze, p. 41 ; CE Sect. 1er avril 1960, Quériaud, p. 245, concl. Henry ; TA Paris, 21 décembre 1960, Cabane, p. 848 ; CE 7 juin 1961, Ministre des anciens combattants c/ Anstett, p. 848 ; CE 30 novembre 1962, Tedeschi, p. 651 ; CE Sect. 3 mai 1963, Sieur Alaux, p. 261, concl. Combarnous ; *AJDA* 1963, p. 352, chr. Gentot et Fourré ; CE 31 mai 1963, Ministre de la santé publique c/ Hôpital-hospice de Lodève, p. 963 ; CE 11 avril 1973, Brulant, p. 294 ; CE 30 avril 1976, Siméon, p. 225 ; *AJDA* 1976, p. 625, concl. Aubin ; CE 20 juin 1980, Ménonville, p. 611 ; CE 14 novembre 1984, Commune de Longages, p. 364. V. cependant, un arrêt où la Cour de cassation a considéré que l'expiration du délai de recours contre un acte individuel consolide ses effets et interdit toute demande de réparation sur son fait, Civ 1ère 3 avril 1963, *Bull Civ I*, n° 208.

⁵⁶¹ CE 19 avril 1944, Sibenaler, p. 115.

⁵⁶² CE 22 avril 1953, Pépin de Bonnerive, p. 182.

perpétuelle, sans aussitôt nuancer l'affirmation : la jurisprudence connaît une dérogation. Le principe initial de recevabilité temporaire s'y retrouve.

Le juge administratif a ainsi écarté de sa jurisprudence libérale, le contentieux de la réparation des dommages liés aux illégalités des décisions à objet purement pécuniaire. Après une période marquée par quelques hésitations quant à la conduite à tenir à leur égard⁵⁶³, l'arrêt *Ministre des finances c/ Sieur Lafon*⁵⁶⁴ a tranché en faveur de la recevabilité temporaire.

“Il résulte de l'instruction que le sieur Lafon n'a pas contesté dans le délai du recours contentieux, la décision prise le 19 mai 1954, par le Ministre des finances, en application de la législation sur les cumuls et qui a suspendu, à compter du 1er janvier 1953, le versement des arrérages de la pension civile dont l'intéressé est titulaire ; ainsi, cette décision est devenue définitive avec toutes les conséquences pécuniaires qui en sont inséparables ; par suite, la demande présentée par le sieur Lafon devant le tribunal administratif qui était exclusivement fondée sur l'illégalité de la décision du 19 mai 1954 et qui tendait à l'octroi d'une indemnité égale au montant des arrérages non payés, n'était pas recevable”.

Cette solution, fort restrictive et dont les fondements seront prochainement étudiés, a fait l'objet d'un constant respect depuis lors⁵⁶⁵ mais a, elle-même, subi un tempérament du fait de l'intervention de la loi du 7 juin 1956. Selon celle-ci, “en matière de plein contentieux, l'intéressé ne sera forclos qu'après un délai de deux mois à compter du jour de la notification d'une décision expresse de rejet”. Le juge administratif ne pouvait que s'incliner et consacrer le caractère perpétuel de

⁵⁶³ V. notamment, CE 24 juin 1953, *Briançon*, p. 317 ; CE 8 janvier 1954, *Lefèbre*, p. 17. Ce dernier aurait pu être considéré comme fondateur de la dérogation.

⁵⁶⁴ V. CE Sect. 2 mai 1959, *Ministre des finances c/ Sieur Lafon*, p. 282 ; *AJDA* 1960, I, p. 160, chr. Combarrous et Galabert.

⁵⁶⁵ V. notamment CE 22 juin 1960, *Rouan*, p. 1043 ; CE 26 octobre 1960, *Dame Veuve Pfaff*, p. 1131 ; CE 2 juillet 1965, *Delobel*, p. 410 ; CE 10 octobre 1969, *Dame veuve Izern*, p. 430 ; CE 30 mars 1979, *Commission administrative du centre hospitalier de Forbach*, p. 835 ; CE 16 octobre 1981, *Ville de Levallois-Perret*, p. 372 ; CE 26 mai 1989, *Dufourq*, p. 767 ; CE 27 mars 1992, *Chatain*, *RDP* 1993, p. 263.

l'exception d'illégalité de la décision implicite à objet purement pécuniaire invoquée à l'appui d'un recours en réparation.

L'arrêt Demoiselle Gacon l'affirme avec force : "eu égard aux conclusions ainsi formulées, le litige porté par la demoiselle Gacon devant le tribunal administratif de Nancy présentait le caractère d'un litige de plein contentieux ; (...) en l'absence, en l'espèce, d'une décision expresse rejetant la demande de la demoiselle Gacon, aucune forclusion ne pouvait être opposée à celle-ci ; si, à la vérité, la décision implicite de rejet qui a permis à l'intéressée de former un recours contentieux de pleine juridiction aurait pu également faire l'objet d'une demande tendant seulement à l'annulation de cette décision par la voie d'un recours pour excès de pouvoir formé dans le délai imparti par l'article 1er al. 4 de la loi susvisée du 7 juin 1956 et si, ainsi que le tribunal administratif l'a relevé, ce délai était expiré lorsque la demoiselle Gacon s'est pourvue devant cette juridiction, une telle circonstance est sans influence sur la recevabilité du recours de pleine juridiction que la requérante, choisissant cette dernière voie de recours, a, en l'espèce, intenté et qui obéit, au point de vue du délai aux règles particulières de l'art. 1er al. 5 précité de ladite loi"⁵⁶⁶.

- Les fondements de la jurisprudence.

Si le fondement textuel de la dernière solution la rend incontestable, il reste néanmoins à établir les justifications théoriques de la jurisprudence à laquelle l'arrêt Demoiselle Gacon déroge, jurisprudence qui contrevient elle-même à la règle de la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité invoquée à l'appui d'une demande d'indemnité, règle constituant la première réserve au principe général de recevabilité temporaire d'une telle exception...

⁵⁶⁶ CE 5 janvier 1966, Demoiselle Gacon, *D* 1966, J, p. 366, note Sandevor ; *AJDA* 1966, p. 39, chr. Puissechot et Lecat. V. également, CE 4 octobre 1967, Ville de Narbonne, p. 885.

La situation est d'autant plus complexe que la doctrine n'a guère déterminé les motifs qui ont conduit le juge à admettre, en principe, la recevabilité perpétuelle des exceptions d'illégalité en matière de responsabilité de la puissance publique.

Or, la solution ne va pas de soi. "Entre l'appréciation de la légalité à laquelle procède le juge pour déterminer si un acte entraîne la responsabilité de l'administration, et l'appréciation qui lui permet dans un litige déterminé de paralyser les effets de cet acte, il n'existe aucune différence fondamentale de nature"⁵⁶⁷. A quoi peut donc tenir la différence de régime entre les deux hypothèses ? Doit-on se contenter d'en appeler à un éventuel "principe général du droit administratif de l'autonomie du contentieux de la responsabilité par rapport au contentieux de l'excès de pouvoir"⁵⁶⁸ ? Il semble en fait que deux arguments puissent être avancés.

Le premier nous est fourni par l'affirmation précitée du professeur Auby : il existe une différence d'effets entre la déclaration d'illégalité selon qu'elle se produit dans le cadre d'un contentieux d'excès de pouvoir ou d'un recours en réparation. C'est seulement dans le premier cas qu'elle a pour conséquence de paralyser les effets de l'acte en cause. Dans le contentieux indemnitaire, seule importe la faute constituée par l'illégalité. "Le requérant se prévaut de l'illégalité de l'acte, certes, mais de façon médiate. Ce qu'il invoque à titre immédiat c'est la faute que constitue cette illégalité et cette faute existe aussi bien lorsque l'illégalité a été déférée au juge de l'excès de pouvoir que lorsque cet acte est devenu définitif"⁵⁶⁹.

"C'est ici le comportement fautif de l'administration manifesté par l'illégalité de l'acte qui est incriminé (...). Or, lorsqu'un litige a un caractère pécuniaire, l'administration n'est protégée, quant au délai pour agir de la victime, que par les règles de la prescription quadriennale (...). Il n'existe aucune raison valable de

⁵⁶⁷ J.-M. Auby, note sous CE 6 mai 1955, Société anonyme des grands travaux de Marseille, *D* 1955, J, p. 579.

⁵⁶⁸ P. Sandevour, note préc.

⁵⁶⁹ P. Sandevour, note préc.

faire une exception à ce principe de moindre protection de l'administration en matière de responsabilité au prétexte que la faute résulte de l'illégalité d'un acte individuel, dès lors que le requérant a, comme le notent les arrêts, choisi la voie indemnitaire plutôt que le recours pour excès de pouvoir"⁵⁷⁰.

Cette première explication, par l'idée de faute distincte de l'illégalité, est insuffisante parce qu'elle revient à l'idée d'autonomie du plein contentieux par rapport au recours pour excès de pouvoir. Une autre explication est nécessaire car si, effectivement, la faute seule justifie la condamnation de l'administration, elle n'explique pas pourquoi il peut être, en ce domaine passé outre au caractère définitif de l'acte non réglementaire. Elle n'interdirait pas, en effet, au juge administratif de reconnaître implicitement que toute illégalité est fautive mais que, cependant, celle des actes non réglementaires définitifs ne pouvait donner lieu à responsabilité publique.

La justification est ailleurs. "Avec le recours de plein contentieux, on cherche à obtenir une indemnité en réparation du préjudice qui peut avoir été causé par le fait que la décision en cause était une décision irrégulière. Mais, même si le juge estime fondée la prétention du requérant, l'octroi de l'indemnité pour préjudice subi ne saurait avoir aucune influence sur l'existence même de l'acte administratif irrégulier ; cet acte administratif, à la différence de ce qui se passe avec le recours pour excès de pouvoir, ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique : il subsiste avec toutes ses conséquences"⁵⁷¹.

Il convient de se souvenir que l'une des raisons avancées pour justifier l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité de l'acte non réglementaire définitif en matière d'excès de pouvoir ou de plein contentieux objectif est le fait que, sujet à une seule application (l'acte attaqué au principal), l'acte déclaré illégal, au terme de l'examen de l'exception, se voit en fait vidé de tout effet. Différente est la

⁵⁷⁰ J-P. Gilli, note sous CE 26 octobre 1960, Béné, *D* 1961, p. 629.

⁵⁷¹ P. Sandevor, note préc.

conséquence de la déclaration d'illégalité en matière de recours en réparation : le requérant ne demande l'annulation d'aucun acte issu de celui argué d'illégalité. Si un acte est effectivement annulé par le juge, c'est uniquement la décision de refus d'indemnité... L'acte initial ne se voit donc remis en cause ni en lui-même ni en aucun de ses effets.

Il existe alors bel et bien une "différence fondamentale de nature" "entre l'appréciation de la légalité à laquelle procède le juge pour déterminer si un acte entraîne la responsabilité, et l'appréciation qui lui permet dans un litige déterminé de paralyser les effets de cet acte"⁵⁷².

"C'est parce qu'elle ne remet pas non plus en cause les droits acquis par une décision individuelle devenue définitive que l'exception d'illégalité d'un acte individuel a toujours été admise au soutien d'une demande d'indemnité, étant observé que dans ce dernier cas, la solution combine l'avantage de réprimer l'illégalité par une sanction civile et de préserver les droits acquis"⁵⁷³.

Le fondement de la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires en matière de responsabilité réside donc dans la seule considération de la faute par le juge et dans l'absence d'atteinte, par la décision qu'il rend, aux droits nés de l'acte en cause.

Pourquoi alors avoir admis une exception à cette règle ? En quoi la nature des décisions à objet purement pécuniaire conduit-elle à remettre en cause la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité ? Ce n'est assurément pas en raison d'effets spécifiques de la déclaration d'illégalité de ces actes. L'explication traditionnellement avancée est toute autre et ne porte guère sur le régime de l'exception d'illégalité elle-même. La solution s'explique en fait par la considération que de telles décisions bénéficient depuis 1912 d'une dérogation aux règles de

⁵⁷² J-M. Auby, note préc.

⁵⁷³ F. Chevallier, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, AJDA 1981, p. 331.

distinction des contentieux. Par l'arrêt Lafage⁵⁷⁴, le Conseil d'État leur a, en effet, ouvert, outre la voie du plein contentieux, leur recours "naturel", la voie de l'excès de pouvoir, plus facile à mettre en oeuvre. Le juge a été alors amené à apporter un correctif à la solution Blanc, Argaing et Bézie à l'égard de ces décisions.

L'arrêt Lafon se justifie ainsi simplement : "il pouvait (...) paraître abusif de permettre à la fois à un agent public de poursuivre par la voie du recours pour excès de pouvoir un objet, qui, sans la solution libérale de l'arrêt Lafage, aurait nécessité un recours de plein contentieux et, n'ayant pas formé ce recours pour excès de pouvoir en temps utile, de poursuivre exactement le même objet sans condition de délai par un recours de plein contentieux"⁵⁷⁵. C'est donc le souci de ne pas ouvrir deux voies de droit ayant toutes deux, dans le cas des décisions à objet purement pécuniaire, le même objet et permettant au requérant d'obtenir une décision identique qui motive la jurisprudence Lafon.

Il était par ailleurs logique de la limiter à de tels actes car c'est seulement à leur égard que les deux voies de recours aboutissent à un résultat identique : la condamnation de l'administration à verser les sommes dues au requérant.

Telle est l'explication classique de cette jurisprudence. Elle est toutefois partiellement inexacte. Si c'est bien le souci de ne pas offrir deux voies de recours identiques aux justiciables, qui fonde la solution, ce n'est pas la succession d'un recours pour excès de pouvoir et d'un recours de plein contentieux qui la motive mais, bien plutôt, celle de deux recours de plein contentieux.

L'affirmation est aisément justifiable. Il convient pour cela d'analyser les circonstances de l'arrêt Demoiselle Gacon dont il a été dit précédemment qu'il constitue une exception à la jurisprudence Lafon.

Dans cette espèce, la décision fondant le recours en indemnité étant implicite, le juge, compte tenu de la loi du 7 juin 1956, a écarté tout délai de

⁵⁷⁴ V. CE 8 mars 1912, Lafage, p. 348, concl. Pichat ; S 1913, 3, p. 1, concl., note Hauriou ; D 1914, 3, p. 49, concl. ; RDP 1912, p. 266, note Jèze.

⁵⁷⁵ Combarrous, chr. sous CE Sect. 2 mai 1959, Ministre des finances c/ Sieur Lafon, AJDA 1960, p. 160.

recours. L'observation attentive de l'affaire, à laquelle s'est livrée M. Sandevour l'a amené à conclure, fort justement, que cet arrêt "n'est pas une hypothèse d'application de la jurisprudence Blanc, Argaing et Bézie. On peut considérer que l'arrêt Demoiselle Gacon n'a jamais quitté le point de vue de la jurisprudence Lafage"⁵⁷⁶. En effet, "il est parfaitement possible d'envisager tout le déroulement du litige de la demoiselle Gacon sans opérer la moindre référence à la jurisprudence Blanc, Argaing et Bézie"⁵⁷⁷. L'intéressée a sollicité une décision sur ses droits pécuniaires pour laquelle elle s'est vu opposer un refus implicite qu'elle a attaqué, mais après l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir, par le seul biais d'un recours de plein contentieux. De ce fait, "la requérante n'a pas opéré le relais d'un recours pour excès de pouvoir par un recours de plein contentieux, elle a simplement refusé d'opérer le relais d'un recours de plein contentieux par un recours pour excès de pouvoir"⁵⁷⁸. Interprété ainsi et débarrassé de l'introduction parasite de la jurisprudence Blanc, Argaing et Bézie, l'arrêt Demoiselle Gacon est d'une orthodoxie et d'une simplicité exemplaires : c'est le recours de plein contentieux objectif initial que la demoiselle Gacon a exercé et non un recours en plein contentieux subjectif, faisant valoir la faute résultant de l'illégalité de la décision.

Que conclure de ceci ? Que la démonstration ne doit pas être limitée à cette affaire. L'arrêt Sieur Lafon se justifie, en effet, de la même manière. Les décisions à objet purement pécuniaire, qui bénéficient déjà de la jurisprudence Lafage, ne peuvent en outre prétendre à l'application de la jurisprudence Blanc, Argaing et Bézie. Il serait, en effet, intolérable qu'un justiciable puisse avoir, dans un premier temps, le choix entre un recours de plein contentieux objectif et un recours pour excès de pouvoir, puis, dans un second temps, en cas d'inertie de sa part, la

⁵⁷⁶ P. Sandevour, note préc.

⁵⁷⁷ Ibid.

⁵⁷⁸ Ibid.

faculté de solliciter de l'administration une indemnisation de l'illégalité du refus de reconnaître ses droits pécuniaires et d'attaquer alors l'éventuel refus par une demande de plein contentieux subjectif.

Ce n'est pas la succession du recours pour excès de pouvoir et du recours de plein contentieux subjectif qui est choquante mais celle du recours de plein contentieux objectif et du recours de plein contentieux subjectif. Car si dans le premier cas, les deux voies de droit ont des effets similaires, dans le second, elles ont des effets identiques. Telle nous semble être la véritable justification des jurisprudences *Sieur Lafon* et *Demoiselle Gacon*.

Le juge reconnaît normalement aux requérants la possibilité d'attaquer par un recours de plein contentieux objectif une décision purement pécuniaire qui leur fait grief. Mais il leur dénie celui de critiquer cette même décision, une fois le délai expiré, par le biais du recours contre une décision refusant d'indemniser le préjudice né de l'illégalité de la première.

La portée de cette mise au point est claire. A l'égard des actes à objet pécuniaire, le problème n'est pas de déterminer la recevabilité de l'exception d'illégalité dans le cadre du recours en responsabilité, mais, bien plutôt, celui de la recevabilité d'un tel recours. Le juge rejette en fait le recours et non l'exception d'illégalité.

La jurisprudence *Sieur Lafon* n'est donc pas une dérogation à la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité dans le cadre du contentieux indemnitaire, mais, tout simplement, la mise à l'écart de cette jurisprudence à l'égard des actes à objet exclusivement pécuniaire.

Une preuve en est trouvée dans le dispositif des arrêts appliquant cette jurisprudence : le juge rejette effectivement les conclusions elles-mêmes et donc le recours pour irrecevabilité, sans attention pour l'exception d'illégalité. Cette

interprétation permet de rendre mieux compte de l'état du droit que ne l'autorise la construction traditionnellement avancée⁵⁷⁹.

Il existe une hypothèse où l'exception d'illégalité des actes non réglementaires est perpétuelle : il s'agit du contentieux de la responsabilité pour illégalité. Les actes à objet purement pécuniaire étant exclus de ce contentieux, non par l'existence de la jurisprudence Lafage mais, plus largement, par le fait qu'ils relèvent par leur nature même du plein contentieux, il est alors inexact de prétendre qu'à leur égard l'exception d'illégalité est temporaire. Elle est, plus radicalement, exclue.

Tel semble être le bilan de la première dérogation au principe de la recevabilité temporaire de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires. Il en existe une seconde, propre, cette fois, au contentieux de l'excès de pouvoir, se traduisant par une prolongation de la recevabilité de l'exception, qui reste, cependant, temporaire.

b - La prolongation du délai de contestation indirecte de la légalité en matière de recours pour excès de pouvoir.

Le juge administratif admet depuis longtemps que, dans certaines situations, il soit passé outre au caractère définitif de l'acte non réglementaire. L'exception d'illégalité est, en effet, recevable à l'appui du recours pour excès de

⁵⁷⁹ Notamment par M. Barthélémy (*Exception d'illégalité*, JCA, Fasc. 1660, n° 89) selon lequel "ainsi, ne peut-il jamais être excipé de l'illégalité d'une décision à objet exclusivement pécuniaire lorsque celle-ci "est devenue définitive avec toutes les conséquences pécuniaires qui en sont inséparables", selon la formule habituelle des arrêts". Cette formule ne fait qu'établir l'impossibilité de toute remise en cause directe de ces actes en raison de leur caractère définitif. Le rejet des conclusions comme irrecevables témoigne, quant à lui, de ce que seul un recours de plein contentieux direct (objectif) est ouvert à leur égard.

pouvoir contre un acte qui lui a fait suite. A s'en tenir à cette présentation succincte, la dérogation paraît fort large et la recevabilité perpétuelle. Ce n'est malheureusement pas le cas.

Le juge ne pouvait apporter qu'un assouplissement mesuré au principe de la recevabilité temporaire, sous peine de le vider de toute portée. La voie choisie fut d'admettre l'exception d'illégalité, malgré le caractère définitif de l'acte, en raison de l'intimité du lien l'unissant à celui attaqué au principal. L'étroite liaison entre ces actes est au coeur même de l'expression d'opération complexe, qui désigne le concept.

Mal définie et difficile à cerner, la notion appelle une identification préalable à la présentation de son utilisation jurisprudentielle.

- La notion d'opération complexe.

Selon Charles Eisenmann, tout acte est complexe. "Un acte est presque toujours composé d'une multitude d'éléments d'actes. Ce que nous appelons "l'acte" est comparable plutôt à un corps qu'à un atome ; c'est un agrégat d'éléments, un composé"⁵⁸⁰. "On peut définir un acte de la façon suivante : un acte est un ensemble d'opérations élémentaires concourant à l'obtention d'un résultat distinct, que l'on s'est proposé comme but"⁵⁸¹. "Tout ce qui est compris entre ces deux moments et qui tend vers la décision initialement posée, est simplement un élément d'une opération complexe et ne constitue pas à soi seul un acte, mais simplement un fragment d'acte"⁵⁸².

⁵⁸⁰ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, T. II, p. 184

⁵⁸¹ Ibid, p. 186.

⁵⁸² Ibid, p. 187.

La finesse de l'analyse du maître révèle ainsi que tout acte est en lui-même complexe, un composé d'éléments n'atteignant pas l'existence juridique, mais concourant à l'apparition de l'acte, but fixé.

La notion d'opération complexe, qu'Eisenmann utilisait d'ailleurs dans un sens très personnel, recouvre, en matière d'exception d'illégalité, une réalité fort proche de celle décrite ici. L'opération complexe est elle aussi un composé d'éléments "qui constituent autant d'étapes dans la réalisation d'une opération globale [et qui] concourent pour aboutir à une décision individuelle susceptible de porter atteinte aux droits des administrés"⁵⁸³.

Il existe cependant une différence fondamentale entre ces deux constructions juridiques : Eisenmann identifiait la complexité au sein de tout acte, l'opération complexe la caractérise entre des actes. Les éléments qui la composent sont des actes ayant une valeur juridique propre et susceptibles, individuellement, de recours. Ce trait s'explique aisément puisque la finalité de cette notion est de justifier, hors délai, la recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire. C'est le lien qui unit ce dernier à un autre, attaqué directement, qui détermine l'existence d'une opération complexe.

Cela ressort des multiples définitions proposées par la doctrine. La plus célèbre est celle du Président Odent : "il y a opération complexe chaque fois qu'une série nécessaire de décisions concourent pour aboutir à une décision finale"⁵⁸⁴. "On entend par là, une opération juridique résultant d'un certain nombre d'actes administratifs qui, devenant des éléments de cette opération ont perdu leur

⁵⁸³ Gentot, concl. sur CE Sect. 22 février 1974, Association des propriétaires des communes de Saclas, Saint Cyr et Boissy la Rivière, p. 134.

⁵⁸⁴ R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, Les cours de droit, 1978, p. 1101. V. également, la définition du professeur Chapus : 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 sera l'aboutissement", *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 593.

individualité⁵⁸⁵. Comme l'acte complexe, l'opération complexe "se caractérise de par la multiplicité des éléments qu'[elle] englobe et par l'unité qu'[elle] crée"⁵⁸⁶.

En d'autres termes, "le critère est celui de l'unité d'une procédure globale : il n'y a d'opération complexe qu'entre des actes juridiques qui marquent les phases d'une opération administrative globale ayant son objet propre"⁵⁸⁷. "Chacun des éléments de l'opération s'amalgame avec les autres, et perd, de ce fait, son individualité propre : le vice de l'un d'entre eux affecte l'édifice tout entier"⁵⁸⁸.

La conséquence contentieuse en est alors logique : "lorsqu'un acte juridique forme l'un des éléments d'une opération complexe (...), chaque acte de l'opération peut être attaqué directement dans un certain délai ; mais on peut aussi, en attaquant le dernier acte de l'opération complexe, invoquer indirectement l'irrégularité de l'un des actes précédents qui le conditionnent et cela bien que le délai imparti pour attaquer directement cet acte soit expiré"⁵⁸⁹.

La notion d'opération complexe doit donc être davantage précisée pour la distinguer du simple lien rendant opérant l'exception d'illégalité. Par définition, ce lien, qui ne sert qu'à établir l'utilité de la question soulevée par voie d'exception pour la solution au fond du litige, ne peut suffire à établir, en outre, la recevabilité de l'exception car alors tout acte non réglementaire pourrait voir sa légalité critiquée indirectement même hors délai.

L'opération complexe résulte, certes, d'un certain type de liens entre les actes en cause, mais leur liaison doit être encore plus intime que le lien caractérisant l'opérance, pour justifier qu'il soit passé outre à l'irrecevabilité.

Cette union particulière transparaît de certaines formules jurisprudentielles. "Ces arrêtés eux-mêmes, pris en application des décrets des 6 novembre 1974 et

⁵⁸⁵ C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937, p. 167.

⁵⁸⁶ J. Moreau, *A la recherche de l'acte complexe*, *Droits*, 1988, n° 7, p. 75.

⁵⁸⁷ M. Fornacciari, concl. sur CE 30 juin 1989, *Ministre de l'industrie, des P et T et du tourisme c/ État de Sarre*, *CJEG* 1989, p. 333.

⁵⁸⁸ P. Hosteing, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1939, p. 136.

⁵⁸⁹ G. Jèze, *La sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, *RDP* 1913, p. 294.

31 décembre de la même année, relatifs respectivement, au rejet d'effluents radioactifs gazeux, d'une part, liquides, d'autre part, provenant d'installations nucléaires de base, ne forment pas (...) avec les décrets autorisant la création de tranches, une opération administrative comportant un lien tel que les illégalités dont l'autorisation de création des tranches serait entachée puissent, malgré le caractère définitif de ces autorisations, être invoquées à l'appui des conclusions dirigées contre les arrêtés autorisant les rejets d'effluents"⁵⁹⁰.

Il est ainsi insuffisant de noter qu'il "ne suffit (...) pas que les décisions se succèdent : il faut encore que chacune d'elles soit une étape indispensable dans l'enchaînement qui conduit à la décision finale"⁵⁹¹.

Il est, par ailleurs, peu déterminant de remarquer qu'il "ne peut y avoir d'opération complexe que si le dernier acte suppose les précédents, les premiers actes créant la situation nécessaire à l'accomplissement du dernier"⁵⁹² ou que "le premier acte doit avoir pour seule conséquence le dernier, ou encore [que] son objet doit être exclusivement de permettre le dernier, même si celui-ci ne constitue pas l'exercice d'une compétence liée"⁵⁹³.

Sans être inexactes, ces considérations ne concernent que la détermination du caractère opérant de l'exception d'illégalité et non sa recevabilité. L'affirmation du caractère exclusif de l'objet de l'acte initial n'en transforme pas plus le sens : en effet, l'opération complexe mettant, par définition, en cause un acte initial de nature non réglementaire, celui-ci n'a, le plus souvent, qu'une seule conséquence possible. En outre, il peut emporter parfois une pluralité d'actes-conséquence,

⁵⁹⁰ CE 30 juin 1989, *Ministre de l'industrie, des P et T et du tourisme c/ État de Sarre*, préc. V. également pour la même formule, CE 26 juillet 1985, *SCI Les hameaux de Perrins*, p. 456 ; CE 29 mai 1987, *EDF c/ Comité d'information pour la protection du cadre de vie à Honguemare-Guénouville*, *DA* 1987, n° 458 ; *CJEG* 1987, p. 792, note Hétier.

⁵⁹¹ F. Tiberghien et B. Lasserre, chr. sous CE 16 octobre 1981, *Commune de Château d'Olonne*, *AJDA* 1981, p. 591.

⁵⁹² M. Distel, *La notion d'opération administrative complexe*, *RA* 1981, p. 370.

⁵⁹³ *Ibid.*

comme le prouve la consécration d'une opération complexe entre une déclaration d'utilité publique et des arrêtés de cessibilité.

Se retrouve ici la confusion précédemment dénoncée entre les critères de l'opérance de l'exception d'illégalité et ceux de l'opération complexe. Elle a conduit à présenter l'opération complexe comme se produisant au sein d'une seule législation ou réglementation. "L'opération complexe se présente dans le cadre d'une même législation, ceci afin d'éviter que la dérogation apportée par cette notion aux règles concernant le délai de recours contre les actes non réglementaires ne se double d'une exception apportée aux règles sur l'intérêt à agir. Une personne qui n'avait pas intérêt à contester par la voie de l'action la légalité du premier acte d'une procédure ne doit pas normalement être admise à contester ultérieurement, par la voie de l'exception, l'illégalité de l'acte initial"⁵⁹⁴.

Cette présentation est source d'ambiguïté. Il a été établi, en effet, en étudiant le lien d'opérance de l'exception d'illégalité, que l'identité de législation est une des conséquences de ce lien. Il s'agit donc d'une notion liée au caractère opérant de toute exception et non pas d'un critère propre à l'opération complexe.

De la même manière, affirmer que "les décisions concourant pour aboutir à une décision finale doivent se présenter comme découlant les unes des autres, de telle sorte que, d'une part, les décisions postérieures n'aient été rendues possibles que par l'édiction des décisions antérieures et, d'autre part, et surtout, que les décisions antérieures aient été spécialement édictées pour permettre l'intervention de la (ou des) décision(s) postérieure(s)"⁵⁹⁵ n'établit rien d'autre que le caractère opérant de l'exception d'illégalité.

"Le caractère nécessaire et exclusif de la relation entre des actes administratifs individuels successifs ne saurait suffire à entraîner la

⁵⁹⁴ B. Genevois, concl. sur CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica optique centraix, p. 419.

⁵⁹⁵ F. Chevallier, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, AJDA 1981, p. 331.

reconnaissance par la jurisprudence de l'existence d'une opération administrative complexe"⁵⁹⁶.

Se fait alors jour le trait essentiel de la notion d'opération complexe. L'union entre les actes qui la composent n'est pas révélée par le fait que l'acte final est la conséquence nécessaire des actes intermédiaires mais plutôt par l'existence d'une réciprocité entre tous les éléments de la chaîne juridique : "en toutes hypothèses, quand l'exception d'illégalité d'un acte A définitif est reçue à l'appui d'un recours dirigé contre un acte B, l'intervention de B était nécessaire pour que A produise ses effets"⁵⁹⁷.

En d'autres termes, "la notion d'opération complexe exige une relation tout à fait spécifique entre acte antérieur et acte postérieur. Tout d'abord, il doit exister un lien de dépendance juridique entre les deux actes : l'acte antérieur est dépourvu de tout effet indépendant de l'acte postérieur. Ensuite, ce lien de dépendance doit être spécial à l'opération : l'acte antérieur a été spécialement édicté pour permettre l'intervention de l'acte ultérieur"⁵⁹⁸.

"Il ne suffit pas que la décision postérieure n'ait pu être prise qu'après que la décision a été édictée, encore faut-il que la décision antérieure ne puisse se résoudre que dans la décision postérieure"⁵⁹⁹ et que "les premières décisions postulent nécessairement l'intervention d'une décision finale en vue de laquelle elle sont prises et qui leur permettra de produire tous leurs effets"⁶⁰⁰.

La notion d'opération complexe désigne alors les "opérations constituées par une pluralité d'actes juridiques, qui se conditionnent et se soutiennent

⁵⁹⁶ M. Distel, art. préc.

⁵⁹⁷ P. Chrétien, *De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe*, AJDA 1982, p. 20.

⁵⁹⁸ *Droit des marchés publics*, sous la direction de C. Bréchon-Moulènes, III, 500-1, 2.

⁵⁹⁹ F. Chevallier, art. préc.

⁶⁰⁰ De la Verpillière, concl. sur CE Sect. 23 décembre 1988, Association de défense de la qualité de la vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches du Rhône, CJEG 1989, p. 53.

mutuellement”⁶⁰¹. Elle “permet aux intéressés de se prévaloir du lien d’interdépendance qui existe entre la décision finale et les actes antérieurs à celle-ci afin de mettre en cause la légalité de ces derniers en dehors des délais du recours contentieux même s’ils n’ont pas un caractère réglementaire. Les actes antérieurs sont donc considérés comme des actes préparatoires, à la différence toutefois qu’ils sont attaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir”⁶⁰².

Le lien d’interdépendance n’existe qu’à l’apparition de l’acte final de l’opération. “L’opération se termine par un acte final qui clôt la procédure et il se trouve alors que celle-ci rend exécutoire un effet de droit qui était bien, sans doute, d’une certaine façon celui des actes particuliers, qui est surtout celui de l’opération d’ensemble ou de l’acte complexe, mais qui ne pouvait pas se produire avant l’achèvement de la procédure”⁶⁰³.

La conclusion de ces développements revient au commissaire du gouvernement Laurent qui a parfaitement décrit et la notion d’opération complexe et son régime contentieux : “C’est là sans doute une constatation capitale, de telles décisions ne comportent pas leur fin en elles-mêmes, elles ont une valeur contingente et non permanente ; elles ne sont qu’une étape dans la réalisation de l’opération globale qui se résoudra en une ou plusieurs décisions individuelles (...). Si elles ne sont pas arbitrairement détachées de leur contexte administratif, elles apparaissent comme les moyens permettant de faire naître des situations auxquelles s’attacheront des droits acquis (...). Phases transitoires d’une opération globale ayant son objet propre, destinés à disparaître avec l’apparition d’une ou plusieurs décisions individuelles ultimes, ces actes intermédiaires voient en vérité leur nature juridique entièrement déterminée par l’objet de l’opération complexe dont ils ne sont pas dissociables. Sur le plan du contentieux et de la recevabilité, la

⁶⁰¹ L. Delbez, *La révocation des actes administratifs*, RDP 1928, p. 463.

⁶⁰² A. Souloumiac, note sous CE Sect. 23 mars 1979, Valentini, AJDA novembre 1979, p. 53.

⁶⁰³ M. Hauriou, *L’institution et le droit statutaire*, Rec. Acad. Légis. de Toulouse, 1906, p. 134.

bonne logique conduit à faire un sort unique à l'opération dans son ensemble, d'une part, en accueillant les recours dirigés contre chacune des décisions administratives que comporte l'opération considérée ; d'autre part, en autorisant les requérants, par dérogation d'ailleurs aux règles de recevabilité applicables aux décisions non réglementaires, à se prévaloir à l'appui des conclusions dirigées contre la décision individuelle finale, de l'illégalité de l'une des mesures antérieures qui ont concouru à sa réalisation"⁶⁰⁴.

Un parallèle a, de ce fait, été opéré entre le régime de l'opération complexe et le concept de "ripeness" qui désigne, en droit anglo-saxon, la faculté laissée aux justiciables d'attendre la cristallisation, la maturité, de la situation litigieuse pour déclencher une action juridictionnelle. Il y a opération complexe "dès lors que le juge estime que dans un type donné d'opération administrative, l'intéressé est fondé à considérer que le contentieux ne sera "mûr" que lorsqu'interviendra l'acte devant achever l'opération"⁶⁰⁵. "Ce sont simplement des considérations de pratique qui gouvernent la matière. On ne peut, en effet, exiger des administrés qu'ils attaquent des décisions, seraient-elles non réglementaires, qui ne les touchent pas personnellement ; il est normal qu'ils attendent, pour les contester, qu'elles leur fassent directement grief par l'intermédiaire d'autres actes : il est normal, s'agissant d'un processus se déroulant ainsi en plusieurs phases dont une seule concrétise leur grief, qu'ils soient autorisés à exciper de l'illégalité des actes initiaux à l'encontre de la décision finale"⁶⁰⁶.

Il faut se garder, cependant, de glisser du simple constat d'une similitude avec le droit anglo-saxon et d'une considération de bon sens, à une justification de la notion d'opération complexe. Car les requérants peuvent agir directement contre les actes initiaux de l'opération complexe, à l'encontre desquels ils disposent d'un

⁶⁰⁴ P. Laurent, concl. sur CE 17 juin 1955, *Ministre de l'Industrie et du commerce c/ Association pour la sauvegarde du parc des sports A. Rondenay*, *AJDA* 1955, II, p. 288.

⁶⁰⁵ M. Distel, art. préc.

⁶⁰⁶ J. Barthélémy, *Exception d'illégalité*, *JCA*, Fasc. 1160, n° 121.

intérêt à agir qui n'apparaît pas seulement avec l'acte-final. Il est donc toujours nécessaire de trouver une explication à cette contestabilité indirecte des actes initiaux malgré leur nature non réglementaire et leur caractère définitif. Cette explication réside dans le lien de dépendance réciproque.

Du fait que l'opération complexe s'achève par un acte final, qui donne rétroactivement tout son sens au processus juridique, découle une importante conséquence quant à la recevabilité de l'exception d'illégalité : celle-ci est recevable alors même que l'acte qui en est l'objet est devenu définitif. Mais devant être invoquée, au plus tard, à l'appui du recours contre l'acte final, elle n'en reste pas moins temporaire.

“Si la notion d'opération complexe a pour objet de rendre recevable l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire devenu définitif, elle n'autorise pas, pour autant, que cette exception puisse être perpétuelle. Cette dérogation est limitée dans le temps par l'architecture même de la théorie des opérations complexes”⁶⁰⁷.

En effet, “il reste entendu que le principe d'indivisibilité ne constitue qu'un aménagement - certes très substantiel - des règles concernant le délai : on ne saurait y voir l'affranchissement total de la condition de délai (...). Il ne fait pas de doute que le pourvoi doive intervenir dans les deux mois qui suivent l'opération finale”⁶⁰⁸.

Telle semble être, selon la doctrine classique, la notion d'opération complexe. Débarrassée de certaines confusions qui la rapprochent abusivement du caractère opérant de l'exception d'illégalité, elle se résume en un seul caractère, très original.

L'opération complexe désigne l'opération juridique dans laquelle plusieurs actes concourant à un même objectif sont unis par un lien de “nécessité juridique

⁶⁰⁷ F. Chevallier, art. préc.

⁶⁰⁸ P. Sadran, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, Thèse Bordeaux, 1972, p. 518.

réci-proque”⁶⁰⁹. Le premier servant de support juridique au second qui lui-même permet au premier de produire tous ses effets de droit. Cette interdépendance, ce lien réflexif, justifie qu’il soit dérogé au principe d’irrecevabilité de l’exception d’illégalité de l’acte non réglementaire définitif. Il n’autorise, pour autant, qu’une simple prolongation du délai de contestation indirecte. Cette prolongation satisfait, néanmoins, les justiciables désireux, le plus souvent, de n’obtenir que l’annulation de l’acte final, qui leur fait plus spécialement grief.

L’assouplissement qu’elle apporte aux règles de recevabilité temporelle de l’exception d’illégalité justifie sa popularité auprès des requérants. Cependant, “la jurisprudence sur les opérations complexes ne peut avoir qu’un domaine d’application limité dans la mesure où elle constitue une dérogation au principe (...) selon lequel la légalité d’une décision non réglementaire, devenue définitive par l’expiration des délais de recours, ne peut plus être contestée”⁶¹⁰. Cela explique que le Conseil d’État “répugne à étendre [sa] jurisprudence sur les opérations complexes à tous les cas où son application risquerait de compromettre gravement la nécessaire stabilité des situations juridiques”⁶¹¹.

- Illustration jurisprudentielle.

Illustrer à partir de la jurisprudence la notion d’opération complexe est une lourde tâche. Il ne suffit pas d’en dresser un tableau positif au travers des cas où implicitement ou explicitement, le juge a consacré l’existence d’une telle opération et admis la recevabilité temporelle de l’exception d’illégalité. Il faut encore présenter toutes les hypothèses où la qualité d’opération complexe a été refusée aux actes soumis au contrôle juridictionnel. Or, le nombre des décisions négatives

⁶⁰⁹ L’expression est de M. Bacquet, *Exception d’illégalité*, R DCA, n° 49.

⁶¹⁰ B. Genevois, concl. sur CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica optique Centraix, p. 419.

⁶¹¹ Ibid.

est impressionnant : toute opposition d'une irrecevabilité en raison du caractère définitif de l'acte non réglementaire équivaut au refus de l'existence d'une opération complexe.

Un phénomène très étonnant caractérise la jurisprudence en la matière : les domaines dans lesquels la question s'est posée sont relativement peu nombreux, moins d'une vingtaine, et ceux dans lesquels le juge a accueilli la recevabilité le sont encore moins. Une explication peut en être trouvée dans le faible nombre d'hypothèses où se succèdent plusieurs décisions à caractère non réglementaire.

La première d'entre elles est évidemment le droit de la fonction publique. Au sein de celle-ci, les décisions individuelles s'enchaînent, au gré de la carrière des fonctionnaires.

Nombreuses y ont été les sollicitations du juge. C'est surtout à l'occasion de la liquidation de leur pension de retraite que les fonctionnaires sont portés à remettre en cause les multiples actes qui ont déterminé leur situation. Malheur à eux de n'avoir pas été prévoyants ! Le Conseil d'État, par une jurisprudence massive et constante, s'est toujours refusé à leur reconnaître la faculté de contester à cette occasion les actes antérieurs définitifs. Qu'elle vise des actes relatifs à leur carrière⁶¹², à leur admission à la retraite⁶¹³ ou au calcul de leur pension⁶¹⁴, l'exception d'illégalité a toujours été déclarée irrecevable, faute pour la liquidation d'apparaître comme l'acte final d'une opération complexe, ayant débuté, aux yeux des requérants, à leur entrée dans la fonction publique... Outre que la

⁶¹² V. CE 27 février 1924, Hesse, p. 235 ; CE 10 juin 1925, Mollet, p. 551 ; CE 28 décembre 1927, Rouvet, p. 1286 ; CE 20 juillet 1936, Bringuier, p. 813 ; CE 12 janvier 1938, Crédet, p. 39 ; CE 11 mai 1938, Grand, p. 523 ; CE 6 mai 1966, Morvan, p. 311.

⁶¹³ V. CE 28 décembre 1927, Coirard, p. 1286 ; CE 16 juillet 1929, Chiappini, p. 737 ; CE 12 avril 1930, de Ziemkiewicz, p. 476 ; CE 1er mars 1934, Clament, p. 293.

⁶¹⁴ V. CE 27 mai 1914, Tonqueray, p. 657 ; CE 9 avril 1927, Marie, p. 488 ; CE 19 mars 1930, Lentourne, p. 319.

notion d'opération complexe n'aurait pu s'accomoder d'une solution contraire, celle-ci aurait porté une atteinte intolérable au principe d'irrecevabilité.

A l'inverse, à l'entrée dans la carrière, les agents publics jouissent d'une jurisprudence favorable. Le principe du concours, qui régit le recrutement, leur ouvre, en effet, l'accès à une opération complexe constituée par l'ensemble des actes jalonnant les étapes entre l'ouverture et les nominations faites à l'issue des épreuves.

Le juge accepte ainsi la recevabilité de l'exception d'illégalité de la décision d'ouvrir le concours⁶¹⁵, de la détermination du nombre de places offertes⁶¹⁶, de la liste des candidats admis à concourir⁶¹⁷, de la composition du jury⁶¹⁸, du déroulement des épreuves⁶¹⁹ ou même des résultats des épreuves d'admissibilité⁶²⁰ à l'appui du recours contre un acte ultérieur des opérations, mais non postérieur aux nominations qui les closent.

Le déroulement de la carrière du fonctionnaire ne constitue pas une opération complexe selon le juge administratif. Tout au plus peut-il exciper de l'illégalité de son inscription antérieure sur la liste d'aptitude à un grade lors de l'action contre la nomination audit grade⁶²¹ ou de l'illégalité de l'attribution de ce grade au soutien du recours contre l'intégration dans le corps correspondant⁶²².

En dehors de cette hypothèse, le juge décline l'existence d'une opération complexe entre la nomination d'un stagiaire et la décision de mettre fin au stage⁶²³,

⁶¹⁵ V. CE 13 novembre 1924, Antoine, p. 872 ; CE 7 juillet 1976, Sébillotte, p. 348 ; CE 7 octobre 1983, Limoge, p. 403.

⁶¹⁶ V. CE 19 mai 1943, Association amicale des chefs et rédacteurs du personnel intérieur de la préfecture de la Seine, p. 124.

⁶¹⁷ V. CE 28 décembre 1917, Perrens, p. 879 ; CE 18 décembre 1925, Courbon, p. 1032 ; CE 3 mai 1957, Azoulay, p. 278.

⁶¹⁸ V. CE 11 février 1916, Chatel, p. 80 ; CE 17 juin 1927, Bouvet, p. 676.

⁶¹⁹ V. CE 1er juillet 1955, Brenier, p. 376 ; CE 8 février 1965, Tremblay, p. 88 ; CE 15 février 1978, Plantureux, p. 73 ; CE 18 novembre 1983, Ministre de la Santé c/ Colin, DA 1983, n° 492.

⁶²⁰ V. CE Ass. 18 mars 1949, Chalvon-Demersay, p. 134.

⁶²¹ V. CE 6 novembre 1953, Davaus, p. 476 ; CE 2 juin 1967, Ville de Toulon, p. 231.

⁶²² V. CE 10 juillet 1972, Frayssinet, p. 538.

⁶²³ V. CE 15 novembre 1935, Destrées, p. 1063 ; CE 24 octobre 1984, Neau, p. 702.

entre une nomination et une titularisation⁶²⁴, entre une nomination et un refus de mutation⁶²⁵, entre la nomination d'un tiers et le refus d'intégrer le requérant dans le même corps⁶²⁶, entre une nomination temporaire et la fixation du tableau d'avancement⁶²⁷, entre le tableau préparatoire et le tableau d'avancement⁶²⁸, entre une nomination et l'établissement de la liste d'ancienneté⁶²⁹, entre une notation et une promotion⁶³⁰, entre une mutation et la détermination du traitement⁶³¹, entre un reclassement et un refus de supplément de traitement⁶³².

De la même manière, aucune opération complexe n'est formée par une suspension sans traitement et une mesure d'exécution de celle-ci⁶³³, entre un refus d'imputer un accident au service et une mise en disponibilité⁶³⁴, entre la dénonciation d'un recrutement et l'attribution de l'indemnité contractuelle de licenciement⁶³⁵ ou entre une éviction de la fonction publique et un refus de réintégration⁶³⁶.

Dans ce droit, comme en tout autre domaine, l'intervention d'une commission dans la prise d'une décision peut être à l'origine d'une opération complexe. Tel est le cas, non pas lorsqu'il s'agit d'une commission permanente

⁶²⁴ V. CE 17 janvier 1934, Vouillac, p. 78 ; CE 17 juin 1988, Melki, p. 973.

⁶²⁵ V. CE 3 décembre 1958, Guy, p. 601.

⁶²⁶ V. CE 1er juin 1960, Demoiselle Seince, p. 1089.

⁶²⁷ V. CE 1er juillet 1935, Bernodet, p. 377.

⁶²⁸ V. CE 20 juillet 1935, Juste, p. 541.

⁶²⁹ V. CE 29 avril 1955, Morin, p. 551.

⁶³⁰ V. CE 18 mai 1979, Ménonville, p. 848. V. cependant CE 13 décembre 1918, Iliot, p. 1137 admettant l'exception d'illégalité d'une nomination à l'appui du recours contre une promotion et CE 6 août 1941, Baradez, p. 155, admettant la contestation incidente d'une inscription au tableau d'avancement à l'appui d'un même recours. Au regard de la notion d'opération complexe, et compte tenu de leur ancienneté ces arrêts semblent critiquables.

⁶³¹ V. CE 8 avril 1933, Touzet, p. 471.

⁶³² V. CE 21 juillet 1970, Ploteau, p. 1145.

⁶³³ V. CE 3 avril 1957, Herzog, p. 921.

⁶³⁴ V. CE 11 janvier 1967, Laidet, p. 886.

⁶³⁵ V. CE 9 novembre 1973, Flori, p. 1024.

⁶³⁶ V. CE 30 novembre 1932, Ottavioli, p. 1014 ; CE 22 mars 1957, Charbonnier, p. 192 ; CE 10 mai 1957, Enjalbert, p. 304 ; CE 30 juillet 1948, Lugrezi, p. 358.

ayant vocation à statuer sur une multitude de situations mais, au contraire, lorsqu'est créée de toute pièce une commission spécialement chargée d'un problème particulier et temporaire. Ce n'est qu'en cas d'intervention d'une telle commission, *ad hoc*, qu'un requérant peut invoquer, à l'appui du recours contre une décision prise sur son avis, l'illégalité de sa composition⁶³⁷.

Le droit électoral offre, quant à lui, une place mesurée à la notion d'opération complexe. La reconnaissance depuis longtemps de la recevabilité de l'exception d'illégalité du sectionnement à l'appui du recours contre les résultats⁶³⁸ n'a pas été transposée au cas du découpage⁶³⁹. Cependant, il est possible de contester, à l'occasion du recours contre les élections, les modalités de révision des listes électorales⁶⁴⁰, la décision de convoquer les électeurs⁶⁴¹, le refus de récépissé d'une déclaration de candidature⁶⁴² et, plus généralement, tout acte détachable de l'élection⁶⁴³.

Il est traditionnel de présenter comme exemplaire de la notion d'opération complexe le cas de la procédure d'expropriation. Si, en effet, le juge s'est prononcé en ce sens au sujet du lien unissant la déclaration d'utilité publique et

⁶³⁷ V. consacrant l'existence d'une opération complexe, CE 2 novembre 1960, Cassane, p. 581 ; CE 4 novembre 1960, Faivre, p. 587 ; CE 9 novembre 1966, Fabiani, p. 1001 ; CE 11 mars 1983, Association pour la sauvegarde de Boulancourt, p. 790 ; TA Lyon 13 mars 1991, Tête, p. 729 ; CE 18 novembre 1991, Le Chaton, *RDP* 1992, p. 1527, n° 16. V. en sens contraire, CE 11 octobre 1957, Gonzalès, p. 526 ; *AJDA* 1957, p. 477, chr. Fournier et Braibant ; CE 6 juin 1958, Hartz et Toche, p. 312 ; CE 28 mai 1975, Hospice Allart de Fourment, p. 323.

⁶³⁸ V. CE 22 février 1906, Élections du Vigan, p. 163 ; CE 9 mars 1908, Élections de Trévien, p. 245 ; CE 10 mars 1909, Élections de Blaison, p. 262 ; CE 12 mai 1909, Élections de Pradelles, p. 484 ; CE 15 novembre 1912, Élections des Infournos, p. 1062 ; CE 10 janvier 1913, Élections de Sancerre, p. 32.

⁶³⁹ V. CE Sect. 30 novembre 1990, Abadie ; CE même jour, Élections cantonales de Chauffailles, p. 342 ; *D* 1991, IR, p. 16 ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. Honorat et Schwartz ; *RFDA* 1991, p. 580, concl. Pochard.

⁶⁴⁰ V. CE 4 juin 1926, Élections à la Djemaa du douar El Hezebri, p. 559 ; CE 18 juin 1980, Élections cantonales de Briançon nord, p. 278.

⁶⁴¹ V. CE 22 juillet 1932, Élections municipales de Douville, p. 772 ; CE 23 janvier 1957, Élections municipales de Villaine la Juhel, p. 51.

⁶⁴² V. CE 17 janvier 1990, Élections municipales de Guingamp, p. 803.

⁶⁴³ V. CE 20 octobre 1989, Horblin, *DA* 1989, n° 628.

l'arrêté de cessibilité⁶⁴⁴ ou la déclaration et l'établissement des servitudes en son application⁶⁴⁵, il convient d'écarter du champ de l'étude le problème de la détermination des relations entre la déclaration d'utilité publique et le permis de construire délivré pour le projet en cause. Il a déjà été noté que la question n'est alors pas de déterminer la recevabilité de l'exception d'illégalité de la première à l'appui du recours contre le second, mais, bien plutôt d'établir, son caractère opérant⁶⁴⁶. Or ces deux actes relevant de législations distinctes, l'exception est déclarée inutile par le juge, c'est-à-dire inopérante⁶⁴⁷. Si la doctrine interprète cette jurisprudence comme refusant l'existence d'une opération complexe, l'erreur réside dans la croyance en l'intégration, dans cette notion, de l'exigence d'identité

⁶⁴⁴ V. CE 29 juin 1951, Lavandier, p. 380 ; CE 15 juillet 1964, Ministre de la construction c/ Lefrançois, p. 425 ; TA Pau 6 novembre 1965, Mannes, p. 798 ; CE 26 juin 1968, Consorts Ferré, *AJDA* 1969, p. 174, obs. Dupeyroux ; CE 15 janvier 1975, Colson, p. 28 ; CE Sect. 26 janvier 1977, Manrot le Goarnic, *AJDA* 1977, p. 513, note Chateaufreynaud ; CE 1er juillet 1977, Gloekler, *AJDA* 1978, p. 392, note Chateaufreynaud ; CE 15 mai 1981, Virey, p. 223 ; CE 25 janvier 1985, Commune de Givors, *DA* 1985, n° 145 ; CE 30 janvier 1985, Trédan, *CJEG* 1985, p. 189 ; CE 19 novembre 1986, Époux Molard, *JCP* 1987, II, 20778, concl. Lasserre.

⁶⁴⁵ V. CE 22 avril 1983, Époux Toussaint, *DA* 1983, n° 268 ; TA Versailles 31 octobre 1989, Garnier, *JCP* 1990, IV, n° 77.

⁶⁴⁶ V. supra, Chapitre I, p. 250 et s.

⁶⁴⁷ V. CE 27 mai 1959, Association pour la sauvegarde du parc des sports A. Rondenay, p. 322 ; *AJDA* 1955, II, p. 288, concl. Laurent ; CE 14 décembre 1981, Association des amis des sites du Vexin français, *CJEG* 1982, p. 72 ; CE 10 avril 1986, Commune d'Altorf, p. 672 ; CE 29 mai 1987, EDF c/ Comité d'information pour la protection du cadre de vie à Honguemare-Guénouvile, *CJEG* 1987, p. 792, note Hétier.

La même remarque doit être faite à l'égard de questions similaires. Ainsi lorsqu'est invoquée, à l'appui de recours contre une déclaration d'utilité publique, l'illégalité de la constitution d'un syndicat mixte chargé de gérer l'ouvrage (v. CE 24 avril 1981, Époux Vilain, 877), l'illégalité de la décision de créer un cimetière (v. CE Sect. 23 décembre 1988, Association de défense de la qualité de la vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches du Rhône, *CJEG* 1989, p. 273 ; *D* 1990, SC, p. 13, obs. Bon) ou de l'autorisation de l'ouvrir (v. CE 24 mars 1971, Fenie, p. 247), l'illégalité de la décision de création d'une ZAC (v. CE 8 mars 1974, Challe, p. 1010), d'une ZAD (v. TA Strasbourg 22 mai 1986, Stéphan, p. 340), ou d'une ZUP (v. CE 26 juin 1968, Consorts Ferré, *DA* 1968, n° 251) ou enfin, l'illégalité de l'autorisation d'ouvrir une centrale nucléaire (v. CE 28 février 1975, Herr, p. 162 ; *RTDE* 1974, p. 747, note Hébert). Ainsi lorsqu'est invoquée dans le cadre du recours contre une déclaration d'utilité publique portant sur des terrains destinés au relogement des habitants d'un îlot insalubre, l'illégalité de la déclaration d'insalubrité (v. CE 21 février 1986, Vanderschelden, p. 671, *D* 1987, SC, p. 404, obs. Bon).

Le raisonnement justifie encore le refus de l'exception d'illégalité d'une déclaration d'utilité publique à l'occasion du recours dirigé contre l'arrêté délimitant le périmètre d'insalubrité (v. CE 8 octobre 1975, Podeur et Ribourdouille, p. 499) ou le choix du concessionnaire de l'autoroute projetée (v. CE Ass. 14 février 1975, Époux Merlin, p. 110 ; *RDP* 1975, p. 1705, note Waline ; *AJDA* 1975, p. 229, chr. Franc et Boyon ; *CJEG* 1975, p. 128, note Virole ; *D* 1976, J, p. 144, note Boivin).

N'est pas contraire à la solution la reconnaissance de l'existence d'une opération complexe entre une déclaration d'insalubrité et la déclaration d'utilité publique de l'expropriation des immeubles en cause, cette dernière intervenant ici dans le cadre de la même législation (v. CE 6 novembre 1981, Richefeu, p. 402 ; CE 21 février 1986, Vanderschelden, p. 671 ; *D* 1987, SC, p. 404, obs. Bon).

de législation. Mais cette dernière relève de la notion d'opérance et ne concerne pas la recevabilité de l'exception d'illégalité.

Doit également être écartée la jurisprudence consacrant l'impossibilité de remettre en cause, à l'occasion de sa prorogation, l'utilité publique d'une déclaration d'utilité publique. En effet, est inopérant le moyen tiré de l'illégalité d'une décision à laquelle celle attaquée au principal s'est substituée⁶⁴⁸.

Le même motif permet d'exclure également de notre étude les arrêts relatifs, en matière de remembrement, au refus d'admettre l'exception d'illégalité des décisions de la commission communale au soutien du recours dirigé contre les décisions de la commission départementale⁶⁴⁹. La procédure de remembrement ne fait alors apparaître aucune opération complexe puisqu'après en avoir consacré une, entre la fixation du périmètre de remembrement et les décisions prises au terme de la procédure⁶⁵⁰, le Conseil d'État a abandonné sa jurisprudence⁶⁵¹. La solution est identique entre la décision de constituer la commission communale de remembrement et l'arrêté ordonnant le remembrement⁶⁵².

Malgré la similitude des décisions en cause, le contentieux des associations communales de chasse agréées connaît la notion d'opération complexe qui unit la décision d'inscription de la commune sur la liste de celles dans lesquelles doit être créée une association et la délimitation du territoire soumis à l'action de celle-ci⁶⁵³ ou l'autorisation de création de l'association à l'agrément de sa création⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ V. CE 25 mai 1979, Bayret, p. 239 ; *JCP* 1980, II, 19277, concl. Genevois ; CE 30 juin 1989, Tacher, *DA* 1989, n° 449. V. également pour la prorogation d'un permis d'exploiter une mine, CE 29 juillet 1983, Association Bonnac défense, p. 350.

³²⁹ V. supra, les arrêts cités, Chapitre I, p. 272 et s.

⁶⁵⁰ V. CE 5 novembre 1956, Nouvellon, p. 626 ; CE 13 juillet 1961, Ministre de l'agriculture c/ de Laitre, p. 477.

⁶⁵¹ V. CE 15 décembre 1976, Ponsin, *DA* 1977, n° 3 ; CE 8 juin 1977, Picard, *DA* 1977, n° 246 ; CE 4 mars 1988, Bacrot, p. 613. V. également, refusant l'exception d'illégalité du même acte à l'occasion de la demande de dégrèvement des frais de remembrement, CE 8 février 1956, Préfet de l'Eure et Loir, p. 61.

⁶⁵² V. CE 5 octobre 1988, Chardonnet, p. 561.

⁶⁵³ V. CE 22 juillet 1974, Association des propriétaires des communes de Saclas, Saint Cyr et Boissy la Rivière, *AJDA* 1974, p. 306, chr. Franc et Boyon ; CE 30 novembre 1977, Association des chasseurs de Noyont de Touraine, p. 466.

⁶⁵⁴ V. CE 20 février 1985, Pinard, p. 495.

Cependant, est irrecevable hors délai, l'exception d'illégalité de cet agrément à l'appui du recours contre le refus d'autoriser le retrait de terres⁶⁵⁵ ou de la délimitation du territoire soumis à l'action de l'association dans le cadre de la contestation d'une adjudication du droit de chasse⁶⁵⁶.

En matière de marchés publics, le juge administratif admet la contestation indirecte de la validité du déroulement du concours ayant abouti à la désignation contestée⁶⁵⁷ et semble ainsi avoir abandonné son ancienne position⁶⁵⁸. Il rejette cependant logiquement l'exception d'illégalité du décompte des frais supplémentaires de réadjudication invoquée à l'occasion de l'ordre de versement délivré ultérieurement⁶⁵⁹.

L'exception d'illégalité d'un tel ordre de versement est recevable à l'appui de l'opposition à l'état exécutoire⁶⁶⁰ mais ce dernier ne forme pas, avec un commandement de payer, une opération complexe⁶⁶¹.

Le contentieux fiscal offre, quant à lui, quelques cas d'applications à la notion. Ainsi existe-t-il un lien suffisant pour que soit recevable, même hors délai, l'exception d'illégalité de l'acte particulier⁶⁶² ou individuel⁶⁶³ ayant provoqué

⁶⁵⁵ V. CE 13 février 1980, Lamarque, p. 77

⁶⁵⁶ V. CE 11 juillet 1976, François, *D* 1987, SC, p. 191. En matière d'adjudication, une vieille jurisprudence reconnaît une opération complexe entre les opérations d'adjudication et l'approbation de celle-ci (v. CE 24 décembre 1928, SA L'entreprise de l'Est, p. 1172), mais l'exclut entre l'adjudication et le refus d'exécution du contrat en cause (v. CE 1er avril 1936, Bagnolet, p. 432).

⁶⁵⁷ V. CE 19 décembre 1969, Socosat, p. 594. Un jugement se prononce dans le même sens à propos de l'exception d'illégalité du marché dans le cadre d'une action en garantie décennale (v. TA Poitiers 27 septembre 1989, Commune de Fontenilles Saint Martin d'Entraigues, *JCP* 1990, IV, p. 159). Cette solution isolée nous semble particulièrement condamnable.

⁶⁵⁸ V. CE 5 octobre 1962, Hurr, p. 515.

⁶⁵⁹ V. CE 14 novembre 1957, Société Derencourt, p. 612.

⁶⁶⁰ V. CE 8 novembre 1967, Ministre de l'économie et des finances c/ Sieur Marc, p. 401 ; *AJDA* 1968, p. 124, concl. Galmot ; CE 10 janvier 1969, Société d'approvisionnement alimentaire, p. 18 ; *AJDA* 1969, notes R.D. et V.S. ; *AJDA* 1970, p. 345, chr. Denoix de Saint Marc ; CE 12 janvier 1973, Ville du Canet, p. 36.

⁶⁶¹ V. CE 1er février 1978, Delaunay, *RDP* 1979, p. 297.

⁶⁶² V. CE 19 décembre 1941, Ministre des finances c/ SA X, p. 227 ; CE 17 mars 1951, Dixneuf, p. 690.

l'imposition dont décharge est demandée, ou celle de l'autorisation d'une association syndicale à l'appui du recours contre la taxe qu'elle a décidée⁶⁶⁴. Constitue également, désormais, une opération complexe la décision de refus d'agrément fiscal et l'imposition qui en est résultée⁶⁶⁵. Mais ne sont pas ainsi qualifiées les relations entre l'avis du lieu de souscription d'une déclaration fiscale et l'impôt ultérieur⁶⁶⁶.

A été autrefois consacrée la recevabilité de la contestation incidente de la décision de classement d'un chemin rural à l'appui d'une demande de décharge d'une journée de prestation⁶⁶⁷. Aujourd'hui, cependant, le classement d'un site comme pittoresque n'est pas considéré comme le premier acte d'une opération complexe s'achevant par l'interdiction de publicité sur les immeubles⁶⁶⁸.

Doivent enfin être mentionnées quelques solutions éparses. Le Conseil d'État a consacré l'existence d'une opération complexe entre la décision de création d'une zone d'aménagement concerté et l'approbation du plan d'aménagement de zone de celle-ci⁶⁶⁹, entre un certificat d'urbanisme positif et un permis de construire⁶⁷⁰, entre la liste des candidats à l'attribution d'une fréquence de radiodiffusion sonore et l'autorisation d'usage de la fréquence⁶⁷¹ ou entre la

⁶⁶³ V. CE 8 juillet 1970, Maziéras, p. 473 ; CE 26 janvier 1979, Société des anciens établissements Coppé, *DA* 1979, n° 90.

⁶⁶⁴ V. CE 2 août 1912, Henriot, p. 916 ; CE 10 juillet 1970, Société civile du domaine de Suroît, p. 480.

⁶⁶⁵ V. CE 28 octobre 1987, Société industrielle d'entretien des textiles, p. 679 ; CE même jour, SA Hirigoyen, *RJF* 1987, n° 1239. Ces arrêts reviennent sur CE 5 mai 1971, Société Couach, p. 327.

⁶⁶⁶ V. CE 1er décembre 1982, X, *RJF* 1983, n° 305.

⁶⁶⁷ V. CE 9 mars 1906, Domec, p. 211, concl. Romieu ; *RD* 1906, p. 662, note Jèze.

⁶⁶⁸ V. CE 25 juillet 1980, Ministre de l'environnement c/ SA centrale d'affichage et de publicité, p. 466. V. une vieille solution en sens inverse CE 11 avril 1924, Frossard, p. 382.

⁶⁶⁹ V. CE 23 mars 1979, Valentini, p. 133 ; *AJDA* novembre 1979, p. 53, note Souloumiac.

⁶⁷⁰ V. CE 10 juin 1981, Jacquet, p. 255.

⁶⁷¹ V. CE 26 mars 1991, Association Radio Salève, *AJDA* 1991, p. 353, chr. Maugué et Schwartz.

délibération d'un jury de thèse et la délivrance du diplôme de doctorat d'université⁶⁷²

Il a, au contraire, refusé une telle qualité aux rapports entre l'approbation des statuts de la COGEMA et l'autorisation donnée à celle-ci d'exploiter les installations nucléaires du CEA⁶⁷³, ou entre une autorisation de création de tranches d'une centrale nucléaire et l'autorisation de rejet d'effluents radioactifs⁶⁷⁴. En matière d'urbanisme, n'est pas recevable, à l'appui de l'opposition à état exécutoire, l'exception d'illégalité du permis de construire ayant mis à la charge du constructeur une participation aux dépenses d'exécution des équipements publics⁶⁷⁵. La même irrecevabilité entache l'exception d'illégalité de l'ordre de consignation de fonds donné à un lotisseur pour garantir l'achèvement des travaux de viabilité à l'appui du recours contre l'arrêté qui prescrit leur déblocage⁶⁷⁶, ou celle de l'arrêté de péril à l'occasion de l'action dirigée contre le commandement de payer les frais d'exécution d'office des travaux⁶⁷⁷. Il n'y a pas plus d'opération complexe entre la modification de l'emprise d'un chemin et le refus de le rendre à l'usage du requérant⁶⁷⁸ qu'entre la décision de fusionner deux communes et la nouvelle fixation du nombre des conseillers municipaux⁶⁷⁹.

La notion jurisprudentielle d'opération complexe coïncide largement avec la conception théorique précédemment exposée. Un constat qualitatif s'impose cependant : le juge n'a consacré, en fait, que peu d'hypothèses d'opération

⁶⁷² V. CE 10 février 1992, Roques, *RFDA* 1992, p. 841, concl. M. Laroque.

⁶⁷³ V. CE 26 mars 1982, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT, p. 606.

⁶⁷⁴ V. CE 26 juin 1989, Ministre de l'industrie, des P et T et du tourisme c/ État de Sarre, p. 155 ; *CJEG* 1989, p. 333, concl. Fornacciari, note Hétier ; *RFDA* 1989, p. 857, note Dubouis.

⁶⁷⁵ V. CE 10 mars 1976, Commune de Saint Martin d'Hères, p. 145.

⁶⁷⁶ V. CE 26 juillet 1985, SCI Les hameaux de Perrins, p. 456.

⁶⁷⁷ V. CAA Nantes 22 février 1989, Roumieux, p. 435.

⁶⁷⁸ V. CE 17 octobre 1986, Consorts Guiheneuf, p. 389.

⁶⁷⁹ V. CE 13 mai 1977, Glaunez et Fort, p. 213.

complexe. La recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs ne subit donc qu'un assouplissement limité, par le biais de cette notion.

Complexe, l'état du droit en matière de recevabilité temporelle des actes administratifs l'est assurément. Mais plus encore, il semble qu'il ne soit pas juridiquement cohérent et appelle un dépassement de la condition tenant au caractère de l'acte.

§ 2 - LE DÉPASSEMENT DE LA CONDITION CLASSIQUE : LES EFFETS DE L'ACTE.

Les différences de condition de recevabilité de l'exception selon qu'elle vise un acte réglementaire ou non, l'existence dans ce dernier cas de dérogations aux contours imprécis, contribuent à la complexité de la jurisprudence administrative. Cette complexité est d'autant plus regrettable qu'elle résulte de considérations non absolument pertinentes. Le critère actuel est sujet à critique. Une reformulation s'impose autour de la notion d'acte créateur de droits.

A - Critique de la condition classique.

L'état actuel du droit en matière de recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité d'un acte administratif n'est pas plus satisfaisant en pratique qu'en théorie. Les critiques à son encontre sont ainsi multiples.

Le justiciable et son conseil désireux d'invoquer par voie d'exception l'illégalité d'un acte administratif doivent, pour déterminer sa recevabilité, faire appel à la *summa divisio* des actes administratifs, entre règlements et actes non réglementaires. Or, la distinction n'est pas pour autant aisée, tant les frontières sont parfois difficiles à tracer entre ces actes.

Au surplus, lorsque l'acte a pu être classé au sein des actes non réglementaires, les difficultés ne sont pas terminées en matière d'excès de pouvoir puisque, s'il est définitif, seule la reconnaissance d'une opération complexe peut en rendre la contestation incidente recevable. Or la notion d'opération complexe est approximative.

Plus largement, ces premières critiques découlent elles-mêmes de l'inadaptation et de l'imprécision de la condition classique tenant au caractère de l'acte.

1 - Une *summa divisio* incertaine.

Déterminer la nature réglementaire ou non d'un acte administratif peut sembler facile. Il en est effectivement ainsi le plus souvent mais certains actes résistent à l'analyse. Les définitions théoriques classiquement énoncées montrent alors leurs limites. L'enjeu de l'alternative est pourtant de taille.

“La distinction des actes réglementaires et des actes non réglementaires reste un des piliers du droit administratif. Elle est universelle dans sa portée et déterminante dans ses conséquences. On aimerait, dans ces conditions, qu'elle fût aussi simple et nette que l'est, en physique par exemple, le classement des corps en solides, liquides ou gazeux et ne laisse en dehors d'elle aucun corps rebelle au classement. Mais aucune loi ne définit la distinction dont nous parlons et les notions d'actes réglementaires et individuels souffrent d'être définies sous les optiques différentes et parfois divergentes de la compétence des tribunaux administratifs et du Conseil d'État (actes réglementaires des ministres) ou des pouvoirs des autorités administratives (circulaires réglementaires) ou d'interprétation des actes administratifs par les tribunaux judiciaires (cf. TC 16 juin 1923, Septfonds, p. 498) ou des formes de publicité des actes ou encore de

l'acquisition des droits et des possibilités légales de retrait des actes, selon qu'ils sont ou non réglementaires"⁶⁸⁰.

Il peut être insuffisant comme principe de classement de décrire l'acte réglementaire (et *a contrario* l'acte individuel) comme "l'acte qui définit une norme impersonnelle dans son objet et permanente en principe dans la portée, indéfinie ou non, qu'elle se fixe dans le temps, et qui sert ou peut servir de base à des décisions individuelles prises pour son application et assujettissant à ladite norme des catégories de personnes limitativement dénommées"⁶⁸¹.

En effet, "l'acte peut être réglementaire alors même qu'il limite son autorité dans le temps, voire qu'il ne couvre qu'une situation momentanée ou même instantanée. L'arrêté de police, prescrivant des mesures de maintien de l'ordre pendant les quelques heures où doit se produire un événement n'est pas moins réglementaire que celui qui prend des dispositions permanentes à propos de la circulation en ville"⁶⁸².

"A l'inverse un acte peut être permanent sans être réglementaire : la nomination d'un fonctionnaire, le classement d'une route dans la voirie nationale ou départementale (...) ont des effets indéfinis : ce ne sont pas des actes réglementaires"⁶⁸³.

"Ces conditions font apparaître que le caractère réglementaire d'un acte n'est ni conditionné par la pluralité ni incompatible avec l'unicité de son objet"⁶⁸⁴.

Par ailleurs, l'idée d'une désignation abstraite des destinataires du règlement doit être nuancée. Il n'est pas certain que "la limitation numérique des applications d'un acte administratif même à l'échelle d'un seul individu ne peut en abolir le caractère réglementaire dès lors qu'au-delà de l'individu c'est bien une

⁶⁸⁰ Rigaud, concl. sur CE Sect. 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, *JCP* 1966, II, 14697.

⁶⁸¹ Ibid.

⁶⁸² P. Delvolvé, *Acte administratif*, RDCA, n° 240.

⁶⁸³ Ibid.

⁶⁸⁴ Ibid.

catégorie d'individus qui se trouve concernée"⁶⁸⁵. La réalité connaît des actes aux caractères ambigus. "Si dans la majorité des cas, l'acte individuel est nominatif, il peut parfois présenter une forme abstraite ou collective"⁶⁸⁶.

Le justiciable est alors confronté à une question délicate : "pour employer le jargon marxiste, est-ce que la multiplicité quantitative n'entraîne pas le "bond qualitatif" ? La pluralité ne conduit-elle pas à l'institution ?"⁶⁸⁷.

Enfin, sans empiéter sur des développements futurs, force est de constater que "le caractère flou des notions d'actes réglementaires et individuels apparaît à son maximum lorsque l'on admet l'existence non seulement d'actes collectifs, qui ne sont qu'une catégorie dans le genre des actes non réglementaires, mais encore celle d'actes *sui generis*"⁶⁸⁸.

L'actuelle complexité de la classification des actes administratifs ne peut que nuire aux justiciables, puisque, selon le résultat d'une analyse juridique peu certaine, l'exception d'illégalité soulevée sera déclarée recevable ou irrecevable. Cette situation n'est, par elle-même, guère satisfaisante. Mais, plus encore, est critiquable la dérogation consacrée en matière d'excès de pouvoir à l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité des actes réglementaires définitifs.

2 - Une dérogation approximative.

La notion d'opération complexe, pourtant élaborée dans un souci libéral par le juge, n'est pas satisfaisante. Il s'agit d'une notion plus fonctionnelle que conceptuelle qui laisse une marge d'appréciation au juge administratif. Les

⁶⁸⁵ M-C. Bergerès, *Les actes non réglementaires*, AJDA 1980, p. 3.

⁶⁸⁶ J-M. Raynaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ 1966, p. 16. V. les exemples donnés par cet auteur.

⁶⁸⁷ Ibid. Le terme "institution" désigne pour l'auteur un caractère du règlement.

⁶⁸⁸ Rigaud, concl. préc.

fondements qui lui sont traditionnellement assignés n'emportent pas, en outre, conviction.

a - L'opération complexe, notion fonctionnelle.

Malgré les efforts déployés pour en donner une définition et lui trouver des fondements juridiques, l'exception d'illégalité ne peut être rangée parmi les notions conceptuelles. "Il apparaît, si on approfondit l'analyse, que l'indétermination qui caractérise l'opération complexe est un élément de la fonction même de la notion"⁶⁸⁹.

"Il paraît (...) que la relation entre les deux actes et le caractère nécessaire et exclusif de la relation entre des actes administratifs individuels successifs ne sauraient suffire à entraîner la reconnaissance par la jurisprudence de l'existence d'une opération administrative complexe. Le commissaire du gouvernement Labetoulle⁶⁹⁰ constatant l'insuffisance des conditions relatives aux liens entre les différents actes pour définir l'opération complexe, considérait que l'élément essentiel était l'appréciation par le juge de l'opportunité de recevoir l'exception d'illégalité. Il est incontestable que l'appréciation de l'opportunité joue un rôle essentiel en la matière"⁶⁹¹. Ce constat rejoint celui de M. Genevois s'adressant en ses termes à la Section du contentieux du Conseil d'État : "il est un dernier trait de votre jurisprudence en la matière, c'est son caractère essentiellement pragmatique"⁶⁹².

Pragmatique, la jurisprudence sur la notion d'opération complexe est logiquement fonctionnelle. "Fonctionnelle, cette notion est un outil, et, comme tout

⁶⁸⁹ M. Distel, *La notion d'opération administrative complexe*, RA 1981, p. 370.

⁶⁹⁰ D. Labetoulle, concl. sur CE 23 mars 1979, Valentini, p. 133.

⁶⁹¹ M. Distel, op. cit.

⁶⁹² B. Genevois, concl. sur CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica optique centraix, p. 419.

outil, elle ne vaut que par les résultats qu'elle autorise"⁶⁹³. Précisément, et c'est un trait des notions fonctionnelles, "la théorie des opérations complexes n'est pas toujours mise en oeuvre avec la rigueur impliquée par sa définition"⁶⁹⁴. Un certain nombre de solutions précédemment exposées sont critiquables.

Certaines le sont par une application extensive de la notion. Elles ont été longuement dénoncées par M. Chevallier qui y a vu le signe d'une dilution du concept. Cependant, l'auteur a fait preuve d'un trop grand pessimisme.

Une seule jurisprudence témoigne, en effet, d'une conception exagérément extensive de l'opération complexe.

Il s'agit de l'admission de la recevabilité de l'exception d'illégalité d'un ordre de versement à l'appui du recours contre un état exécutoire⁶⁹⁵. Il est impossible de voir entre ces actes un lien de dépendance juridique réciproque. "L'ordre de versement ne se résout pas inéluctablement dans le titre exécutoire qui n'est émis que dans l'hypothèse où le redevable ne s'est pas spontanément acquitté de sa dette. Ainsi, bien qu'il n'existe aucune relation nécessaire entre l'ordre de recette et le titre exécutoire, bien que ce dernier ne puisse même pas être considéré comme la conséquence de l'ordre de recette(...), le Conseil d'État n'a pas hésité à faire application de la théorie des opérations administratives complexes"⁶⁹⁶. La solution n'est assurément pas satisfaisante. Elle est vouée toutefois à disparaître compte tenu de l'unification des actes en cause au sein d'une catégorie unique par le décret du 29 décembre 1992, modifiant le décret de 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

⁶⁹³ F. Chevallier, *la fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, *AJDA* 1981, p. 331.

⁶⁹⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 595.

⁶⁹⁵ V. CE Sect. 3 novembre 1967, Marc, *AJDA* 1968, p. 124, concl. Galmot ; CE Sect. 10 janvier 1969, Société d'approvisionnement alimentaire, *AJDA* 1969, p. 176, notes R.D. et P.L. V. également, CE Sect. 12 janvier 1973, Ville du Canet, p. 36.

⁶⁹⁶ F. Chevallier, art. préc.

En réalité, le plus grand nombre d'arrêts critiquables porte sur des cas de conception restrictive de la notion. Le phénomène est aisément compréhensible tant le juge a conscience que "la jurisprudence sur les opérations complexes est d'application limitée dans la mesure où elle constitue une dérogation au principe (...) selon lequel la légalité d'une décision non réglementaire devenue définitive par l'expiration des délais de recours ne peut plus être contestée"⁶⁹⁷.

Ces hypothèses ont été énumérées par le professeur Chapus⁶⁹⁸. Trois paraissent particulièrement convaincantes. Deux d'entre elles concernent le droit de la fonction publique. Le juge y a refusé la qualité d'opération complexe à l'établissement du tableau général d'avancement précédé de tableaux préparatoires⁶⁹⁹, ainsi qu'à l'avancement d'un fonctionnaire au vu de sa notation⁷⁰⁰. Ces solutions ont de quoi surprendre tout comme le refus d'admettre la recevabilité de l'exception d'illégalité du découpage cantonal à l'appui de la contestation des élections⁷⁰¹. La jurisprudence est contraire dans le cas du sectionnement qui précède les élections. La différence de régime n'est guère justifiable en théorie.

Ces écarts, en creux ou en relief, font apparaître la liberté du juge dans le maniement de la notion d'opération complexe. S'il semble prématuré d'en annoncer la dilution, force est cependant de constater que "dans ces conditions, c'est la notion même d'opération complexe qui est atteinte. Elle perd de la précision dans ses contours, sa substance est moins caractérisée"⁷⁰².

Ce n'est pas seulement dans son contenu que l'opération complexe est insatisfaisante, c'est également dans son fondement.

⁶⁹⁷ B. Genevois, concl. préc.

⁶⁹⁸ R. Chapus, op. cit., n° 596.

⁶⁹⁹ V. CE Sect. 20 juillet 1971, *Juste*, p. 541.

⁷⁰⁰ V. CE Sect. 23 novembre 1962, *Camara*, p. 627 ; *AJDA* 1967, p. 666, chr. Gentot et Fourré.

⁷⁰¹ V. CE Sect. 30 novembre 1990, *Élections cantonales de Chauffailles*, p. 342 ; *AJDA* 1991, p. 116, chr. Honorat et Schwartz ; *RFDA* 1991, p. 580, concl. Pochard.

⁷⁰² F. Chevallier, art. préc.

b - L'opération complexe, notion mal fondée.

La notion d'opération complexe trouve son fondement dans l'existence, entre les actes qui la composent, d'un lien de nécessité juridique réciproque. La subordination des effets de chacun des actes à la survenance des autres justifie l'appellation d'opération complexe et le régime original de recevabilité de l'exception d'illégalité qui la caractérise. Ce lien réflexif explique, selon la doctrine classique, que soit recevable l'exception d'illégalité de l'un des actes intermédiaires malgré son caractère définitif.

Prosper Weil en a donné une explication imagée : "dans l'opération à procédure, les divers actes sont liés d'un lien indissoluble, à la manière des molécules d'un même corps. L'analyse peut sans doute les dissocier, mais dans la réalité ils forment un bloc homogène, un "tout indivisible". On est en présence d'une chaîne dont tous les maillons sont solidaires les uns des autres. Dans une cathédrale, chaque voûte peut être distinguée, par l'esprit, de sa voisine, mais supprimez une seule voûte : l'ensemble croulera. Il en est de même des opérations à procédure : supprimez un seul de ses éléments, toute l'opération tombera"⁷⁰³.

Qu'on ne s'y trompe cependant pas. Sa qualité de notion fonctionnelle n'est pas sans incidences sur le fondement juridique donné à l'opération complexe. Ne correspondant pas à un concept solide et sûr, ses fondements théoriques ne sont guère assurés.

⁷⁰³ P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone 1952, p. 200.

Là est la principale critique à formuler. Telle que définie traditionnellement, la notion d'opération complexe ne justifie pas le régime original de recevabilité de l'exception d'illégalité qu'elle autorise. En effet, l'affirmation, voire la démonstration, de l'existence d'un lien particulièrement intime, d'un lien d'interdépendance, justifie certes que la légalité des actes se conditionne mutuellement. Elle n'implique pourtant pas qu'il soit dérogé au principe d'irrecevabilité de l'exception d'illégalité de l'acte non réglementaire définitif.

“Si séduisante qu'elle puisse paraître, notamment à raison de la démarche synthétique qu'elle dénote, la notion d'opération administrative complexe, ne peut avoir qu'une utilité relative dans le cadre d'un système où le contrôle de la légalité de l'administration repose sur le procès fait à l'acte. En effet, ce n'est pas tant parce que, “au plan de la méthode on répudie la synthèse au profit de l'analyse” qu'il y a “crise de l'opération”⁷⁰⁴, mais bien plutôt parce que le recours pour excès de pouvoir ne peut se préoccuper que de l'acte”⁷⁰⁵.

Telle qu'elle, la notion d'opération complexe, parce qu'elle met l'accent sur l'unité de l'ensemble juridique, ne saurait expliquer le régime particulier de contestation indirecte d'un acte déterminé. Sa cohérence extérieure, le bon sens qui la sous-tend, ne suffisent pas à établir juridiquement la dérogation au principe susrappelé.

Elle apparaît alors “comme un artifice élégant qui permet de préserver l'harmonie formelle des classifications, tout en les privant de leurs conséquences habituelles, et évite l'obligation de créer des catégories hybrides qui trahissent l'inadaptation des constructions théoriques”⁷⁰⁶.

Une remarque devrait emporter la conviction. Alors que le principe d'irrecevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs

⁷⁰⁴ H. Charles, *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif*, LGDJ, 1968, p. 15.

⁷⁰⁵ F. Chevallier, art. préc.

⁷⁰⁶ M. Distel, art. préc.

repose sur les caractères non permanents et créateurs de droits de ces actes, seule une influence quelconque de la notion d'opération complexe sur ces caractères devrait, en toute logique, justifier la dérogation au principe. Or, curieusement, aucune argumentation n'est formulée en ce sens.

Une analyse attentive de la notion d'opération complexe en montre le caractère purement fonctionnel et, surtout, met à jour son absence de fondement juridique dans sa présentation classique. En fait, c'est toute la jurisprudence sur la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité des actes administratifs qui manque de cohérence.

3 - Des fondements inadaptés.

Forgée au début de ce siècle, à une époque où étaient confondus "acte réglementaire et acte ne créant pas de droits et, inversement, acte particulier et acte créant des droits"⁷⁰⁷, la jurisprudence sur la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité des actes administratifs tant réglementaires que non réglementaires, exige aujourd'hui une mise à jour. Elle repose sur une classification dépassée des actes administratifs dont découle l'inadaptation de son fondement.

a - Le révélateur : les actes particuliers.

"Nous avons jusqu'ici raisonné comme si tous les actes administratifs devaient être rangés dans la classification des actes réglementaires et des actes individuels. Mais (...) il existe des décisions non réglementaires qui ne sont pas pour autant individuelles ou collectives"⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ M. Waline, note sous CE 6 juillet 1977, Consorts Girard, *RDP* 1977, p. 1323.

⁷⁰⁸ M. Rigaud, concl. sur CE 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, *AJDA* 1966, p. 54.

“Le temps n’est plus où l’on pouvait sans trop de risque affirmer qu’en matière d’actes administratifs, tout ce qui n’est point décision individuelle ou décision particulière, comme disait Hauriou, constitue une décision réglementaire. Entre les règlements - actes normatifs à portée générale et impersonnelle - et les décisions individuelles ou collectives qui font application à un ou plusieurs individus de dispositions générales en créant à leur avantage ou à leur charge des droits et obligations, est apparue une catégorie nouvelle d’actes hybrides faisant application d’une législation sans créer de norme générale et sans ouvrir de droits individuels (...). De sorte qu’aujourd’hui si l’on veut à tout prix conserver une conception dualiste de l’acte administratif, l’on est réduit à distinguer simplement les actes réglementaires et ceux qui ne le sont pas”⁷⁰⁹.

L’apparition d’une nouvelle catégorie d’actes, inconnue des auteurs du début du siècle et donc, non prise en compte dans l’élaboration du régime de l’exception d’illégalité, pourrait avoir cependant des conséquences sur ce dernier. Aussi est-il nécessaire de la présenter plus amplement pour déterminer l’adéquation du régime à la classification actuelle des actes administratifs.

Décisions d’espèce, actes intermédiaires ou particuliers, voire actes non réglementaires, les qualificatifs ne manquent pas pour désigner les actes nouvellement identifiés. Cette profusion contraste avec les difficultés éprouvées en doctrine pour définir leur contenu. “La seule certitude en la matière se réduit à une évidence : les actes non réglementaires ne sont pas des actes réglementaires. C’est dire que le seul élément positif d’identification des actes non réglementaires est un critère négatif. Au-delà, le plus grand flou règne et définir le contenu de la catégorie des actes non réglementaires tient de la gageure”⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ Gentot, concl. sur CE Sect. 22 février 1974, Association des propriétaires des communes de Saclas, Saint Cyr, Boissy la Rivière, p. 134.

⁷¹⁰ I. Poirot-Mazères, *Les décisions d’espèce*, RDP 1982, p. 443.

“La *summa divisio* des actes de droit administratif oppose ainsi une catégorie relativement bien déterminée à un assemblage d’actes dont le dénominateur commun est de ne pas être des actes réglementaires”⁷¹¹.

Fort heureusement, ce constat d’impuissance a vite cédé la place à d’admirables constructions doctrinales conduisant à une identification plus précise des actes particuliers.

Ces actes “permettent l’application d’une norme générale préexistante à un ensemble de personnes ou de biens et (...) soumettent ces personnes ou ces biens à un régime juridique entièrement fixé par la loi ou le décret”⁷¹². Ils “appartiennent à cette catégorie d’actes qui posent des normes d’application”⁷¹³ et qui présupposent “donc une norme de création antérieure déterminant les règles sur la base desquelles pourra être créée une situation juridique”⁷¹⁴.

Ils apparaissent de ce fait “comme un élément intermédiaire du processus juridique, une étape entre la règle de création générale et son adaptation aux cas particuliers, permettant à la première de s’inscrire dans le réel sans aller cependant jusqu’à la traduire concrètement comme source d’effets juridiques pour les destinataires”⁷¹⁵. Leur “but premier n’est pas de faire acquérir un droit à un individu, et (...), surtout, n’ayant pas de destinataires individualisés, [ils] ne sauraient créer un quelconque droit acquis”⁷¹⁶.

Les différences entre ces actes et les règlements, sur lesquels ils s’appuient, et les actes individuels, dont ils autorisent l’édiction, apparaissent alors mieux. Par rapport aux actes individuels, avec lesquels ils forment désormais la catégorie des actes non réglementaires, les actes particuliers offrent une similitude en ce qu’ils ne sont pas permanents mais visent un sujet ou un bien déterminé.

⁷¹¹ Ibid.

⁷¹² Gentot, concl. préc.

⁷¹³ I. Poirot-Mazères, art. préc.

⁷¹⁴ Ibid.

⁷¹⁵ Ibid.

⁷¹⁶ Ibid.

L'opposition au sein des actes non réglementaires reste cependant possible en considérant leur incidence en matière de création de droits. Autant l'acte individuel crée, le plus souvent, des droits, autant l'acte particulier, n'en crée jamais.

L'affinement de la catégorie des actes non réglementaires révèle alors l'inadéquation de la jurisprudence sur la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité. Il convient, en effet, de se souvenir que la différence de régime de l'exception d'illégalité des actes selon qu'ils sont ou non réglementaires, est classiquement justifiée par les disparités, quant à leur permanence et à leur qualité de créateurs de droits, opposant les règlements aux actes individuels. Or si, par sa non permanence, l'acte particulier se rapproche de l'acte individuel et devrait, à cet égard, être soumis à une exception d'illégalité temporaire, par son caractère non créateur de droits, il s'identifie aux règlements, et devrait, de ce fait, voir sa légalité contestable indirectement sans condition de délai.

Quel parti choisir ? A quel régime rattacher l'exception d'illégalité des actes particuliers ? La jurisprudence classique qui déclare irrecevable l'exception des actes non réglementaires sans distinguer en leur sein, n'est plus adaptée puisqu'aujourd'hui les actes non réglementaires ne se réduisent pas aux seuls actes individuels.

La catégorie nouvelle des actes particuliers devrait conduire à sa remise en cause, fût-elle partielle. Il est actuellement insuffisant d'opposer le régime applicable aux actes réglementaires à celui des actes non réglementaires, quand, parmi ces derniers, certaines décisions offrent, par leurs caractères, autant de raisons d'affirmer la recevabilité perpétuelle de leur exception d'illégalité que sa recevabilité temporaire.

La catégorie nouvelle et hybride des actes particuliers sert de révélateur aux incohérences des fondements traditionnellement assignés à la jurisprudence. Ces

actes partageant leur nature entre celle des règlements et celle des actes individuels, qui constituent la *summa divisio* de la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité, une critique de ses fondements s'impose.

b - La révélation : l'inanité du caractère permanent de l'acte comme fondement de la recevabilité.

La doctrine justifie la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité des règlements par leurs caractères permanent et non créateur de droits, tandis que c'est précisément leur effet instantané et créateur de droits qui explique la recevabilité seulement temporaire de l'exception des actes individuels.

Il nous semble, en réalité, que le raisonnement à partir du nombre d'applications de l'acte en cause, et donc à partir de son caractère permanent ou non, est, sinon erroné, du moins superflu.

Que le règlement soit permanent et l'acte individuel à réalisation instantanée, ne saurait influencer sur la recevabilité de leur exception d'illégalité.

En effet, si la doctrine prétend qu'en raison de son caractère, la déclaration d'illégalité d'un règlement n'équivaut pas à une annulation et doit donc être admise perpétuellement, ce raisonnement n'est pas satisfaisant. Un règlement, pour désigner une situation abstraite, peut pourtant gérer une situation unique à un moment donné. Sa déclaration d'illégalité, à l'occasion précisément de la contestation de sa seule mesure actuelle d'application, équivaut alors à une annulation. L'exception d'illégalité devrait donc n'être que temporaire, limitée à la période de contestation directe du règlement.

Un exemple de règlement à effet unique est celui du règlement précisant le statut du préfet de police de Paris. Conduit, lors d'un litige relatif à un préfet

déterminé, à en écarter l'application, le juge prononcerait en fait son annulation puisque l'administration serait alors, pour régler la situation individuelle en cause, amenée à reprendre un nouveau règlement.

L'existence de cette seule hypothèse théorique suffirait à démontrer l'inanité de l'argument tiré du caractère permanent de l'acte réglementaire.

Mais, elle n'est pas seule. En effet, les actes non réglementaires, contrairement à l'opinion classiquement admise, ne se résolvent pas tous en une seule application. Il est alors fallacieux d'affirmer que leur déclaration d'illégalité équivaut en fait à leur annulation. La meilleure preuve en est trouvée, précisément, dans les actes particuliers qui, visant une situation déterminée, peuvent néanmoins autoriser une multitude de décisions individuelles. L'exemple de la déclaration d'utilité publique et des arrêtés de cessibilité qui la suivent suffit à en attester.

La conclusion de ces quelques lignes est alors très importante : la considération du caractère permanent ou non⁷¹⁷ des actes administratifs n'est pas pertinente pour déterminer la recevabilité de leur exception d'illégalité puisqu'il apparaît qu'aucune systématisation n'est possible à partir de ce critère.

Le fondement de la différence de régime de l'exception d'illégalité selon la nature des actes qu'elle vise, doit donc résider uniquement dans la seconde raison traditionnellement avancée à l'état du droit. Puisque le caractère permanent ou non ne permet pas de justifier le régime différent auquel est soumise l'exception d'illégalité des actes réglementaires et non réglementaires, il faut donc considérer que le seul critère rigoureux tient à la considération du caractère créateur de droits ou non de l'acte excipé d'illégalité.

⁷¹⁷ Entendu comme désignant la pluralité d'applications possibles d'un acte administratif.

Cette conclusion, à laquelle quelques auteurs sont antérieurement arrivés, conduit à proposer une nouvelle formulation de la jurisprudence prenant en compte les effets et non plus la nature de l'acte.

B - Le critère proposé : les effets de l'acte.

L'examen de la jurisprudence relative à la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité d'un acte administratif a permis de constater que la *summa divisio* entre actes réglementaires et actes non réglementaires n'est plus pertinente. La catégorie hybride des actes particuliers est l'achoppement de la jurisprudence actuelle et invite à sa reformulation. Or une simple observation logique a fait apparaître l'inexactitude du critère de la permanence des actes en cause. En effet, à l'aune de leur nombre d'applications et donc des effets de leur déclaration d'illégalité, la distinction entre règlements et actes non réglementaires n'est plus efficiente. Le seul critère juridiquement correct est alors le caractère créateur de droits ou non des actes administratifs. Pressentie par Waline⁷¹⁸, approfondie par M. Chevallier dans le cadre de la notion d'opération complexe, l'explication de la jurisprudence sur la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité par la théorie des droits acquis semble irréprochable.

“Si des droits ont été acquis, ils ne peuvent plus être remis en cause par la voie de l'exception d'illégalité. Ainsi est-ce dans la notion de droits acquis que doit être recherchée le fondement des règles relatives aux exceptions d'illégalité”⁷¹⁹.

Il semble, contrairement à l'opinion de M. Chevallier, “que la notion de droits acquis explique parfaitement le régime des exceptions d'illégalité des actes tant

⁷¹⁸ V. M. Waline, note sous CE 6 juillet 1977, Consorts Girard, *RDP* 1977, p. 1323 : “la jurisprudence refusant de prendre en considération un moyen d'illégalité d'un acte non attaqué dans les délais légaux serait liée à la circonstance que cet acte avait créé des droits au profit d'un tiers”. “On devrait donc dire, si cette interprétation est juste : la contestation par voie incidente d'un acte non attaqué dans les délais est possible lorsque cet acte n'a pas créé de droits en faveur d'un tiers”. Tout est dit.

⁷¹⁹ F. Chevallier, art. préc.

réglementaires que particuliers et rend entièrement compte de la jurisprudence”⁷²⁰. Cette orientation est non seulement souhaitable mais aussi possible.

Elle appelle, cependant - il serait aberrant de le nier - une légère modification de la jurisprudence. C’est à ce prix que seraient épargnés les aveux d’impuissance de certains commissaires du gouvernement. Ainsi, M. Galabert dénonçait jadis, une “distinction dont les fondements n’apparaissent pas très clairement. Les considérations pratiques qui (...) ont conduit à limiter ainsi rigoureusement et, en fait, à paralyser le plus souvent l’exception d’illégalité des actes individuels apparaissent d’ailleurs assez impressionnantes pour qu’une orientation différente de la jurisprudence ne puisse être envisagée”⁷²¹.

L’effort proposé au juge n’est pas si grand. Il consiste en un simple apurement des fondements de la jurisprudence présente, apurement justifiant, par rétroaction, une légère modification de celle-ci. Mais si la jurisprudence sur la recevabilité temporelle de l’exception d’illégalité devrait se fonder sur la notion de droits acquis, il reste à démontrer que cette dernière peut s’accommoder d’une telle utilisation.

1 - Le critère des droits acquis.

Le critère retenu pour établir le régime de recevabilité temporelle de l’exception d’illégalité étant relatif à l’effet créateur de droits ou non de l’acte en cause, il est indispensable de préciser cette notion. Elle renvoie immédiatement au principe d’intangibilité des situations juridiques qui conditionne le pouvoir d’annulation, de retrait, d’abrogation et de contestation par voie d’exception des actes administratifs. Or, ce principe d’intangibilité se fonde lui-même sur un caractère précis des droits nés d’un acte, leur caractère acquis.

⁷²⁰ Ibid.

⁷²¹ M. Galabert, concl. sur CE Sect. 29 avril 1964, Dufourniaud, *JCP* 1964, II, 13723.

La question est donc de savoir quand le droit créé est acquis.

Une certaine imprécision terminologique règne à ce sujet. Au gré des citations jurisprudentielles ou doctrinales, l'emploi des expressions "actes créateurs de droits" et de "droits acquis" semble indifférent.

C'est qu'en réalité, la distinction de ces deux notions n'est pas encore suffisamment maîtrisée.

En premier lieu, la notion d'acte créateur de droits est impalpable. Ce n'est pas le lieu de la préciser. Seule importe présentement l'identification de l'instant où ces droits s'opposent à l'exception d'illégalité de l'acte qui les crée.

L'intuition permet d'affirmer que le caractère créateur de droits d'un acte administratif dépend de sa nature propre. Néanmoins, nul n'est parvenu à isoler, au sein de celle-ci, le gène responsable de l'apparition de droits. La doctrine, malgré l'intensité et la qualité des travaux sur le sujet, ne peut qu'avouer son impuissance et classer la notion sous le label, bien commode, de notion fonctionnelle. "Il y a situation ayant créé des droits quand le juge administratif le déclare. Et il conclut en ce sens quand il estime nécessaire de protéger la stabilité de la situation du particulier ; en d'autres termes, il résout la question par la question. Les droits de "l'administré" résultent ainsi de l'application de la théorie plus qu'ils n'en constituent le fond"⁷²².

En second lieu, et cette citation témoigne de l'intime liaison entre les deux notions, le caractère acquis des droits nés d'un acte est encore insuffisamment déterminé. Le principe d'intangibilité des situations juridiques signifie que par la survenance d'un certain phénomène, que nous avons à identifier, les droits nés d'un acte administratif, ne peuvent plus être remis en cause. Ils sont cristallisés, immuables, intangibles, hors d'atteinte de l'annulation, du retrait, de l'abrogation ou même de l'exception d'illégalité.

⁷²² F. Batailler, *Les "beati possidentes" du droit administratif*, RDP 1965, p. 1051.

Pour certains, la notion de droits acquis serait superflue, voire même aberrante. Duguit critiquait ainsi “la notion fausse et sans portée, la distinction des droits acquis et des droits non acquis. Jamais personne n’a su ce qu’était un droit non acquis. Si l’on admet l’existence de droits subjectifs, ces droits existent ou n’existent pas ; telle personne est titulaire de droits ou non. Le droit non acquis est l’absence de droits”⁷²³.

A l’opposé, d’autres auteurs se focalisent sur le caractère acquis des droits. “Le qualificatif “acquis” est essentiel et le mot “droit” n’a qu’un intérêt secondaire dans la formule de droits acquis (...). Si l’on insiste sur le fait acquisitif, on dira qu’un droit peut exister, mais ne pas être acquis : un droit est créé, mais non acquis, tant que le fait acquisitif n’a pas consolidé le droit”⁷²⁴.

Le régime de l’exception d’illégalité, s’il est déterminé par le caractère créateur de droits ou non de l’acte visé, dépend en dernier ressort du moment où les droits éventuels sont acquis, puisque c’est alors que joue le principe d’intangibilité. Il importe donc d’établir ce moment avec précision.

- Pour que des droits puissent être acquis, encore faut-il que l’acte litigieux crée des droits. Le principe d’intangibilité ne joue pas à l’égard des actes non créateurs de droits. “Si le respect des droits acquis fonde la règle de l’irrévocabilité, il n’y a pas lieu de l’appliquer aux actes non générateurs de droits”⁷²⁵.

Faut-il alors associer le principe d’intangibilité des situations juridiques à la seule qualité d’acte créateur de droits ?

La réponse est assurément négative. Il est impossible de considérer, à la suite de Duguit, qu’un droit est acquis ou n’est pas du tout. Dès 1923, année de

⁷²³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., 1923, T. II, p. 201.

⁷²⁴ J-M. Raynaud, *La distinction de l’acte réglementaire et de l’acte individuel*, LGDJ 1966, p. 130.

⁷²⁵ L. Delbez, *La révocation des actes administratifs*, RDP 1928, p. 463.

parution de son ouvrage, le Conseil d'État, par l'arrêt Dame Cachet⁷²⁶, avait consacré explicitement, certes par un considérant qu'il critiquait violemment⁷²⁷, la possibilité de remettre en cause un acte créateur de droits tant qu'il n'est pas définitif.

Si la jurisprudence consacre l'intangibilité des droits nés d'un acte, ce n'est au mieux, qu'à l'expiration du délai de recours contre lui. Or il est unanimement admis qu'un acte crée des droits dès sa signature⁷²⁸. Force est donc de reconnaître qu'entre la signature et la date d'expiration du délai de recours les droits existent mais ne sont pas acquis. Ils sont, durant cette période, susceptibles d'une contestation contentieuse par voie d'action ou d'exception ou d'une remise en cause par l'administration par le biais d'un retrait ou d'une abrogation⁷²⁹.

La démonstration est alors faite de ce que le seul caractère créateur de droits ne suffit pas à expliquer que ceux-ci soient acquis.

- Doit-on pour autant en déduire que le caractère acquis des droits nés d'un acte résulte de la seule expiration du délai contre lui ? Il n'en est pas toujours ainsi, bien que cela soit le cas général.

Cette affirmation, contraire à la doctrine classique, est justifiée par une simple considération.

Si le caractère définitif de l'acte créateur de droits suffisait à rendre les droits intangibles, il ne serait pas possible d'expliquer la notion d'opération complexe. En effet, celle-ci autorisant la contestation de la légalité d'un acte

⁷²⁶ V. CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, p. 790 ; S 1925, 3, p. 9, note Hauriou ; *RDP* 1922, p. 552, p. 130.

⁷²⁷ “ Même pour les actes subjectifs, il me paraîtrait plus juridique de décider que s'ils sont irréguliers, l'administration peut les annuler ou les rapporter à toute époque, sauf, s'il y a lieu, sa responsabilité ou celle de l'administrateur”. Duguit ajoutait, après avoir cité l'arrêt, “je ne puis me tenir de faire observer que, par leur généralité, ces formules ressemblent beaucoup plus à des articles de loi qu'aux considérants d'un jugement”, V. *Théorie générale de l'État*, T. III, p. 789.

⁷²⁸ V. CE 19 novembre 1952, Demoiselle Mattei, p. 594.

⁷²⁹ V. CE 21 janvier 1991, Pain, *QJ* 31 octobre 1991, n° 131 : “l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation ou au retrait d'une décision créatrice de droits illégale, ne peut légalement faire droit à cette demande que si le délai du recours contentieux n'est pas expiré”.

définitif créateur de droits⁷³⁰, il ne saurait être question de considérer que cet acte a cependant créé des droits acquis sans admettre *ipso facto* qu'une remise en cause de ceux-ci est possible, et donc sans vider de son sens le principe d'intangibilité. Ce principe est absolu ou n'est pas.

Comme l'hypothèse présente est qu'il existe bien, il faut alors considérer qu'il n'est pas atteint par le mécanisme de l'opération complexe et donc admettre que le caractère définitif d'un acte créateur de droits ne suffit pas à transformer ceux-ci en droits acquis. Cela sera démontré prochainement. Il est, en effet, possible de présenter l'opération complexe sans contredire le principe d'intangibilité.

Non lié au caractère définitif de l'acte qui le crée, non lié au seul caractère créateur de droits de cet acte, en quoi réside le fait acquisitif d'un droit ? La question n'est toujours pas résolue.

- Doit-on alors se contenter d'affirmer qu'il "y a intangibilité quand des droits acquis sont reconnus, il y a des droits acquis lorsqu'on admet l'intangibilité"⁷³¹ ?

Il ne le semble pas. Une réponse est possible qui tient compte des objections formulées envers les deux possibilités précédentes. Le principe d'intangibilité des situations juridiques apparaît avec le caractère définitif des effets d'un acte administratif. La formule semble classique. Elle n'en revêt pas moins une légère modification de la présentation habituelle.

⁷³⁰ Il a été noté précédemment que si, dans sa conception traditionnelle, l'opération complexe joue le plus souvent à l'égard d'un acte particulier et donc non créateur de droits, elle peut aussi viser un acte individuel. Il en est ainsi pour la décision collective arrêtant la liste des candidats admis à passer les épreuves d'un concours.

⁷³¹ R. Muzellec, *Le principe d'intangibilité des actes administratifs individuels en droit français*, Thèse Rennes I, 1971, p. 45.

Elle autorise que l'acte puisse être retiré avant l'expiration du délai de recours puisque les droits ne créés ne sont alors pas définitifs. Elle permet une explication cohérente de la théorie des opérations complexes.

Le fondement donné à celle-ci, le caractère de dépendance juridique réciproque des actes la composant, est apparu insuffisant pour expliquer la dérogation qu'elle entraîne au principe d'intangibilité des droits nés de l'acte initial.

En réalité, la notion d'opération complexe ne constitue pas une exception à ce principe. Elle en est un simple aménagement dans l'hypothèse particulière où les effets juridiques nés d'un acte ne sont pas susceptibles d'être acquis tant qu'un autre acte n'intervient pas. N'étant pas acquis, bien qu'existants, les droits nés de l'acte initial d'une opération complexe peuvent dès lors faire l'objet d'une exception d'illégalité hors délai, car le caractère définitif de l'acte est sans incidence sur l'intangibilité des droits.

L'affirmation n'est pas une pure spéculation théorique destinée à achever une construction imparfaite. Elle se fonde sur un arrêt récent où le Conseil d'État a admis le retrait de l'acte initial devenu définitif tant que l'acte final de l'opération complexe ne l'est pas lui-même. Il s'agit de l'arrêt Roques du 10 février 1992 rendue sur les conclusions de Mme Laroque⁷³².

Cette espèce mettait le juge aux prises avec un délicat problème de retrait d'une délibération d'un jury relative à une thèse de lettres modernes contenant des passages "révisionnistes"... A la suite de l'émotion suscitée par cette affaire, le ministre de la recherche avait demandé au président de la faculté de prendre des mesures appropriées. La délibération du jury fut ainsi retirée alors que le diplôme de doctorat de l'université n'avait pas encore été délivré à l'intéressé. La question posée était donc de savoir si ce retrait était légal s'agissant d'un acte créateur de droits.

⁷³² V. CE 10 février 1992, Roques, *RFDA* 1992, p. 841, concl. Laroque.

Il convient d'ignorer les problèmes relatifs à l'illégalité de la délibération et à l'obligation ou non, pour le président de l'université, de la retirer. Seule importe ici la détermination du délai dans lequel elle a été retirée.

Le commissaire du gouvernement a admis sans hésitation que la délivrance du diplôme était une opération complexe. "Un examen, comme un concours, comporte une série d'agissements ou d'actes administratifs qui concourent à un acte final qui est, dans le premier cas, l'attribution du diplôme et, dans le second, la nomination(...). L'ensemble de ces actes ou opérations ont le caractère d'une opération complexe"⁷³³.

Le Conseil d'État l'a suivi sur ce point, utilisant d'ailleurs explicitement, l'expression d'opération complexe, fait suffisamment rare pour être signalé : "les différents actes intervenus depuis l'inscription d'un étudiant dans une université pour y soutenir sa thèse de docteur d'université jusqu'à la décision du président délivrant à l'intéressé son diplôme de docteur d'université forment, en raison de leur indivisibilité, une opération complexe".

Malgré cette base identique, les positions du juge et du commissaire du gouvernement ont ensuite divergé. Mme Laroque proposait d'admettre la légalité du retrait pour la simple raison que le dossier ne faisait pas ressortir que la délibération retirée "ait fait l'objet d'une publication pouvant faire courir le délai de recours à l'égard des tiers, ou ait été portée à la connaissance du ministre dans des conditions pouvant faire courir le délai de recours de droit commun à leur rencontre"⁷³⁴. Cette solution aurait pu être admise en l'absence d'une opération complexe, qualifiée alors de manière superfétatoire.

C'est précisément sur ce dernier aspect que le choix du Conseil d'État est riche d'enseignements. Le juge n'a pas consacré pour la forme l'existence d'une opération complexe. Seule celle-ci justifie, à ses yeux, la légalité du retrait d'un

⁷³³ M. Laroque, concl. préc.

⁷³⁴ Ibid.

décision créatrice de droits devenue - il l'affirme expressément - définitive. "Saisi par le ministre (...) aux fins de procéder à une enquête administrative sur la soutenance de thèse de M. Roques, l'administrateur provisoire de l'université de Nantes, sous le sceau de qui est délivré le diplôme de docteur de l'université de Nantes (...) était tenu d'annuler la délibération précitée du jury du 15 juin 1985, dès lors que, d'une part, l'un des actes précédant la décision relative à la délivrance du diplôme, même devenus définitifs, ou cette décision seraient intervenus en méconnaissance de la réglementation en vigueur, d'autre part, que le délai du recours contentieux n'aurait pas été expiré à l'encontre de cette dernière décision".

La solution est fort intéressante. C'est l'existence d'une opération complexe entre la délibération du jury et la délivrance du diplôme qui justifie le retrait de la première, créatrice de droits et devenue définitive, tant que la seconde n'est pas devenue définitive.

Outre son exception d'illégalité, l'opération complexe permet également le retrait d'un acte créateur de droits devenu définitif⁷³⁵. Présenté ainsi, l'arrêt semble directement contraire à la jurisprudence *Dame Cachet* et au principe d'intangibilité des actes créateurs de droits.

C'est alors que la proposition de lier le principe d'intangibilité au caractère définitif des droits nés de l'acte et non plus au caractère définitif de l'acte lui-même, prend tout son sens. Le seul moyen d'expliquer l'arrêt *Roques* est de considérer que les droits nés de la délibération n'étaient pas devenus définitifs avec celle-ci, mais l'auraient été seulement avec la décision finale, la délivrance du diplôme.

⁷³⁵ Le tribunal administratif de Dijon a antérieurement consacré une solution comparable: "la création d'une commission régionale d'hospitalisation est une opération complexe comportant une série de décisions ; un requérant peut demander l'annulation de la première d'entre elles alors qu'il ne l'aurait pas attaquée dans le délai de recours contentieux", v. TA Dijon 20 janvier 1975, *Syndicat des médecins de la Côte d'Or*, p. 818. L'arrêt *Roques* est cependant seul pertinent puisqu'il considère que l'acte initial de l'opération complexe est retirable mais non pas annulable, en raison de son caractère définitif.

L'opération complexe se justifie alors parfaitement. Loin d'être une dérogation au principe d'intangibilité des actes créateurs de droits, elle en est une modalité particulière, tenant compte du décalage pouvant exister entre le caractère définitif d'un acte et le même caractère des droits qu'il engendre.

L'approche est novatrice en ce qu'elle assure un fondement juridique solide à la notion d'opération complexe. Mais elle a également pour qualité de s'accorder avec les explications traditionnelles relatives aux liens de dépendance juridique réciproque des actes composant l'opération.

Si ces explications sont plus un constat qu'une démonstration, elles n'en demeurent pas moins cohérentes avec la proposition : c'est précisément en raison de cette dépendance juridique réciproque que se justifie le fait que les droits créés par l'acte initial n'acquièrent un caractère définitif qu'avec l'expiration du délai de recours contre l'acte final de l'opération complexe.

Ainsi s'expliquent les définitions classiques. "Il n'y a d'opération complexe que lorsque les premières décisions postulent nécessairement l'intervention d'une décision finale en vue de laquelle elles sont prises et qui leur permettra de produire tous leurs effets"⁷³⁶.

Pour corroborer cette interprétation, il est intéressant de remarquer que semblable dissociation entre l'expiration du délai de recours contre un acte et le caractère acquis des droits qu'il crée, n'est pas le fait de la seule opération complexe. Les actes soumis à condition suspensive présentent le même trait.

L'acte assorti d'une condition suspensive génère un droit au profit de son bénéficiaire. "L'acte produit d'ores et déjà des effets de droit. Une certaine situation juridique est née à son profit différente de celle qui sera la sienne une fois réalisée la condition. Le bénéficiaire de l'acte a d'ores et déjà un droit. Il a droit à ce que

⁷³⁶ De la Verpillière, concl. sur CE Sect. 2 mars 1988, Association de défense de la qualité de la vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches du Rhône, *CJEG* 1989, p. 273.

l'acte produise pleinement ses effets si la condition se réalise⁷³⁷. Mais tant que la condition ne s'est pas réalisée, et alors même que l'acte est devenu définitif, les droits ainsi décrits ne peuvent s'opposer au retrait⁷³⁸. Ils ne le seront qu'à la réalisation de la condition suspensive.

En bref, l'acte sous condition suspensive crée bien des droits dont les effets seulement sont différés à la survenance de la condition. "L'acte produit des conséquences juridiques. S'il en était autrement on ne pourrait comprendre comment la seule réalisation de la condition peut donner naissance à une situation juridique ayant un certain contenu. L'acte est entré en application, seuls ses effets particuliers ou les effets inhérents à son objet sont suspendus jusqu'à la réalisation de la condition"⁷³⁹.

La jurisprudence sur les actes conditionnels contredit, elle aussi, l'association entre l'expiration du délai de recours et le caractère acquis des droits nés d'un acte. S'il est vrai que "tout recours intenté dans le délai du recours contentieux fait peser sur l'acte une menace qui empêche les droits en résultant d'être définitivement acquis"⁷⁴⁰, il est inexact que, passé ce délai, "s'il n'y a pas eu de recours, la décision, fût-elle manifestement illégale, est devenue intangible puisqu'elle n'est plus susceptible d'annulation"⁷⁴¹. Les cas de l'opération complexe et des actes sous condition suspensive démontrent le contraire.

Le constat est d'importance : non seulement son caractère créateur de droits ou non est le seul critère rigoureux du régime de recevabilité de l'exception

⁷³⁷ L. Tallineau, *Les actes particuliers non créateurs de droits*, Thèse Poitiers, 1972, p. 250.

⁷³⁸ V. CE 6 mars 1954, Levert, p. 116 ; CE Plén. 29 janvier 1960, Ballarin, p. 68 ; CE 30 mars 1979, Secrétaire d'État aux universités et Universités Bordeaux II, *AJDA* 1979, n° 10, p. 18, chr. Robineau et Feffer ; *D* 1981, J, p. 53, note Foucher ; CE 25 avril 1990, Figuereo, p. 546.

⁷³⁹ L. Tallineau, op. cit., p. 245. V. également H. Mendras, concl. sur CAA Paris 23 février 1993, *Compagnie nationale de navigation*, RFDA 1994, p. 938 : "Si les bénéficiaires de subventions (...) ne peuvent invoquer des droits acquis lorsque les conditions auxquelles a été subordonné l'octroi de ces subventions ou avantages ne sont pas satisfaites, on ne saurait pour autant en conclure que la décision d'attribution n'est pas créatrice de droits".

⁷⁴⁰ P. Delvolvé, obs. sous CE 10 février 1982, Angeletti, *D* 1983, IR, p. 294.

⁷⁴¹ L.J., note sous CE 3 novembre 1922, Demoiselle Lancelot, *D* 1923, 3, p. 49.

d'illégalité d'un acte, mais en outre la notion de droits acquis, interprétée comme désignant le caractère définitif des droits nés d'un acte administratif, permet d'intégrer dans le principe ce qui est aujourd'hui présenté comme une dérogation, l'opération complexe.

Une étude approfondie de la compatibilité de la notion d'acte créateur de droits avec le problème de la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité fait apparaître qu'un affinement de la notion est nécessaire. Seul importe le caractère définitif des droits nés de l'acte.

Le caractère définitif de ce dernier, pour constituer le plus souvent le fait acquisitif, n'est pas toujours déterminant. En effet, dans le cas des actes soumis à condition suspensive, les droits nés peuvent n'être acquis qu'après l'expiration du délai de recours. Et, fait primordial pour l'exception d'illégalité, les actes initiaux d'une opération complexe créent des droits qui ne sont acquis qu'avec le caractère définitif de l'acte final.

L'étude s'est fondée sur un examen minutieux de la jurisprudence actuelle et de ses fondements officiels. Ils sont apparus partiellement inexacts et imprécis : un seul suffit. Mais comme, précisément, il peut être considéré comme capable de décider entièrement du régime de recevabilité de l'exception d'illégalité, un effort de cohérence est souhaitable de la part du juge administratif.

2 - Les conséquences de ce critère.

L'objet de ces ultimes développements sur les conditions de recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité liées à l'acte argué d'illégalité est de montrer combien la substitution au critère règlement / acte non réglementaire de celui d'acte créateur de droits / acte non créateur de droits serait heureuse et aisée.

Heureuse car source de simplification et, surtout, d'une meilleure assise de la jurisprudence.

Aisée car elle ne bouleverserait pas les termes actuels de celle-ci, qui tend implicitement d'ailleurs vers un tel critère. Elle appellerait seulement quelques revirements occasionnels portant, en outre, moins sur les solutions que sur leur fondement juridique.

L'exception d'illégalité d'un acte administratif devrait être perpétuelle lorsqu'il n'a pas créé de droits. Elle devrait, en revanche, être temporaire à l'égard des actes individuels, seuls à pouvoir être créateurs de droits susceptibles d'être acquis.

a - L'exception d'illégalité des actes non créateurs de droits serait perpétuelle.

La catégorie des actes non créateurs de droits regroupe les règlements et certains actes non réglementaires.

- L'exception d'illégalité des règlements resterait perpétuelle.

Elle devrait le rester, malgré la consécration du nouveau critère, car ces actes ne sont pas créateurs de droits, ou, du moins, pas créateurs de droits acquis⁷⁴².

⁷⁴² Il existe un courant doctrinal reconnaissant le caractère créateur de droits insusceptibles d'être acquis des règlements : "l'acte réglementaire est créateur de droits aussi bien que d'obligations. Tant qu'il est en vigueur, les administrés peuvent en revendiquer l'application ; ils ont droit au maintien des droits résultant des règlements après l'expiration de celui-ci. Il faut distinguer le droit aux effets de l'acte et le droit au maintien de l'acte. Le règlement crée des droits pendant toute la période où il est applicable ; ils sont maintenus après son abrogation. Mais le règlement ne peut créer de droits à son propre maintien : il est

Aucune retouche n'aurait donc à être apportée aux solutions traditionnelles aussi bien en matière de pure exception d'illégalité qu'en matière d'abrogation sur demande ou de retrait.

Depuis l'arrêt *Compagnie Alitalia*⁷⁴³, le juge admet l'annulation du refus d'abroger sur demande un règlement aussi bien en raison de son illégalité survenue à la suite d'un changement de circonstances de droit ou de fait qu'en raison de son illégalité initiale.

Ce dernier point, qui constitue l'apport majeur de l'arrêt, était logique : le contentieux du refus d'abrogation se fondant sur une exception d'illégalité du règlement en cause, ses vices initiaux devraient être contestables puisque son exception d'illégalité est recevable perpétuellement. Cela ne porte aucune atteinte aux règles du délai de recours puisque le règlement litigieux est simplement déclaré illégal, l'annulation ne portant que sur le refus de l'abroger.

Le retrait des règlements fait, quant à lui, l'objet d'une jurisprudence ambiguë. Le Conseil d'État, depuis l'arrêt *Ponard*⁷⁴⁴, n'autorise l'autorité publique à retirer un règlement "en l'absence de prescriptions législatives l'habilitant à déroger au principe que les règlements ne disposent que pour l'avenir, que si le délai du recours contentieux n'est pas expiré au moment où elle édicte le retrait du texte illégal ou si celui-ci a fait l'objet d'un recours gracieux ou contentieux formé dans ledit délai".

La solution ne peut manquer de surprendre. Elle est identique à la jurisprudence *Dame Cachet* quoique ne faisant pas référence aux droits acquis -

essentiellement modifiable et "abrogeable" " (P. Delvolvé, *L'acte administratif*, RCDA., n° 589). V. également, R. Odent (*Contentieux administratif*, 1961-1962, p. 554) et G. Vedel (Cours 1966-1967, p. 409).

⁷⁴³ V. CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, RFDA 1989, p. 391, concl. Chahid Nourai, notes Dubouis et Beaud ; AJDA 1989, p. 387, note Fouquet ; LPA 1989, n° 149, note Derouin ; RTDE 1989, p. 509, note Vergès .

⁷⁴⁴ V. CE 4 novembre 1958, *Ponard*, p. 554. V. également, CE Sect. 23 novembre 1962, *Association des anciens élèves de l' Institut commercial de Nancy*, p. 625.

ce qui serait impossible à l'égard d'un règlement - mais au principe de non rétroactivité des actes administratifs.

Or ce fondement n'est pas convaincant. Si la prohibition de la rétroactivité des actes administratifs s'oppose au retrait des règlements, pourquoi n'a-t-elle pas été invoquée dans la jurisprudence *Dame Cachet* ? Au surplus, et cela est encore plus étonnant, pourquoi ce principe ne s'oppose-t-il pas au retrait des actes non réglementaires non créateurs de droits ?

Il y a là une contradiction qui suffit à écarter l'appel au principe de non rétroactivité. Il semble plutôt que le retrait des règlements doit être admis sans condition tant qu'ils n'ont pas donné lieu à des applications individuelles devenues, elles-mêmes, définitives. En cas contraire, leur retrait équivaldrait à la remise en cause hors délai des droits nés de celles-ci, ce qui ne saurait être admis. Si le retrait des règlements n'est pas libre, c'est en raison de leur vocation à créer des droits définitifs par le biais d'applications individuelles. Cette interprétation est corroborée par la formulation d'arrêts postérieurs à l'arrêt *Ponard*, qui soulignent l'absence d'applications individuelles du règlement retiré. Ainsi de l'arrêt *Adige-Trival* : "il résulte de l'instruction que (...) l'arrêté du préfet de la Guadeloupe en date du 19 octobre 1951 (...) n'a fait l'objet d'aucune publication permettant de le rendre légalement applicable ; ledit arrêté, qui, en tout état de cause, n'avait d'ailleurs reçu aucune application, a pu, sans excès de pouvoir, être rapporté par un nouvel arrêté du préfet de la Guadeloupe en date du 24 avril 1953"⁷⁴⁵.

Elle n'est pas contredite par la reconnaissance, à l'encontre de l'administration saisie d'un recours gracieux en ce sens, d'une obligation de retrait d'un règlement illégal. Ce n'est pas, en effet, parce qu'il lui incombe de retirer le règlement en cause dans le délai du recours qu'elle ne saurait le faire spontanément et sans motif particulier, hors délai, mais avant toute application définitive.

⁷⁴⁵ CE 29 avril 1964, *Adige-Trival*, p. 262.

Si donc, l'exception d'illégalité d'un règlement est, dans le contentieux du refus de retrait, limitée au délai du recours contre cet acte, c'est uniquement parce que le juge a estimé opportun de n'en faire une obligation pour l'administration que dans ce court délai. Une fois expiré, mais avant toute application individuelle, il est loisible à un administré d'en demander le retrait, fût-ce pour illégalité. Toutefois, l'administration n'étant pas tenue d'y donner suite, son refus n'ouvrira aucun contentieux.

Il convient d'en conclure que si l'exception d'illégalité des actes réglementaires doit rester perpétuelle en raison de l'absence de droits acquis générés, elle peut, toutefois, être limitée lorsque son admission aurait pour conséquence la remise en cause indirecte d'actes créateurs de droits définitivement acquis. Cela se produit en cas de retrait d'un règlement déjà appliqué.

- L'exception d'illégalité des actes non réglementaires non créateurs de droits deviendrait perpétuelle.

C'est à l'égard des actes non créateurs de droits, autres que les règlements, que la reconnaissance du nouveau critère contraindrait le juge à des modifications jurisprudentielles. Encore ne sont-elles guère nombreuses.

L'exception d'illégalité de certains actes individuels est d'ores et déjà considérée comme perpétuelle parce que de tels actes sont insusceptibles de devenir définitifs. Il s'agit des actes inexistants et des actes frauduleux. La solution resterait identique car ces actes sont également unanimement rangés parmi ceux qui ne créent pas de droits. Seule une modification du fondement de la solution serait alors nécessaire. Le pas est aisé à franchir, d'autant que leur caractère non créateur de droits participe du raisonnement du juge aujourd'hui.

C'est à l'égard des autres décisions individuelles non créatrices de droits que la jurisprudence connaîtrait un revirement. Le critère de l'absence de droits

créés justifierait désormais leur classement parmi les actes dont l'exception d'illégalité est perpétuelle.

La solution aurait pour mérite de susciter une meilleure identification des décisions en cause. La doctrine n'en donne pas, en effet, une liste uniforme. Il semble cependant qu'en font partie les décisions d'autorisation, telles que les autorisations de police ou d'occupation du domaine public, les décisions récognitives et les décisions défavorables.

Point ne serait besoin, pour admettre la recevabilité de leur exception d'illégalité, d'identifier une opération complexe. Serait ainsi aisément expliquée la recevabilité de l'exception d'illégalité de la délimitation du domaine public⁷⁴⁶ ou de l'autorisation d'occupation temporaire dudit domaine⁷⁴⁷ à l'occasion du jugement d'une contravention de voirie. La jurisprudence en sortirait simplifiée et donc affermie.

Le même constat s'imposerait en cas d'exception d'illégalité d'actes particuliers. D'une recevabilité temporaire, assouplie cependant par la mise en jeu fréquente de la théorie des opérations complexes, il serait possible de passer à une recevabilité perpétuelle, puisque ces actes sont également non créateurs de droits. Leur catégorie, bien que difficile à définir en théorie, a, en outre, l'avantage d'être, en pratique, aisément discernable. Le revirement jurisprudentiel ne serait donc pas générateur d'insécurité juridique.

Trois remarques sont à formuler.

D'une part, il ne serait plus nécessaire de recourir à la notion d'opération complexe pour expliquer la recevabilité de l'exception d'illégalité d'une déclaration d'utilité publique, de la création d'une association communale de chasse agréée

⁷⁴⁶ V. CE 30 janvier 1980, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Richaud*, *D* 1980, IR, p. 300, obs. P. Delvolvé.

⁷⁴⁷ V. CE Sect. 26 juillet 1982, *Boissier et Palanque*, p. 302, concl. Dondoux ; *AJDA* 1982, p. 696, chr. Lasserre et Delarue.

etc... La mission du juge en serait facilitée et les commentateurs moins enclins à dénoncer une hypothétique dilution de la notion d'opération complexe.

Cette dernière a connu, en effet, une expansion concomitante à l'apparition de la catégorie des actes particuliers. Certains auteurs ont même prétendu qu'elle ne jouait qu'à l'égard de ces actes. L'affirmation est excessive, comme en témoigne la jurisprudence en matière de concours. Mais elle révèle le constat originel de l'impossibilité de soumettre sans nuance ces actes à une recevabilité temporaire de leur exception d'illégalité. Le phénomène ne peut que justifier et faciliter l'admission en principe de son caractère perpétuel.

D'autre part, et cela devrait rassurer les tenants de la stabilité juridique, affirmer que l'exception d'illégalité de tels actes est perpétuelle n'est pas source d'insécurité. En effet, les actes particuliers, s'ils ne sont pas sujets à une seule application individuelle, n'en sont pas moins limités à un nombre défini d'applications. L'ultime concrétisation individuelle de leurs effets juridiques achevée, leur exception d'illégalité ne pourrait plus être recevable, faute pour toute décision ultérieure de pouvoir prétendre à la qualité d'acte d'application.

L'exigence du caractère opérant de toute exception d'illégalité s'opposerait donc à une perpétuité réelle de la contestation de leur légalité. Ce trait ne remettrait pourtant pas en question le caractère perpétuel, en théorie, de leur exception d'illégalité. Il serait, en effet, erroné de croire que même l'exception d'illégalité d'un règlement est réellement perpétuelle : elle devient irrecevable lorsqu'est devenue définitive sa dernière application individuelle et qu'une nouvelle réglementation est édictée.

Enfin, le revirement jurisprudentiel semble d'ores et déjà amorcé. C'est la considération de l'absence de droits acquis qui justifie la transposition aux actes particuliers, et plus largement aux actes non réglementaires non créateurs de droits, de la jurisprudence Despujol.

L'arrêt Association les Verts du 17 décembre 1990⁷⁴⁸ reconnaît ainsi "qu'il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition". L'abrogation n'est obligatoire qu'en raison de l'illégalité de l'acte en cause. Dès lors, l'octroi aux particuliers de la faculté de demander à toute époque cette abrogation et d'en contester le refus se justifie par l'admission implicite de la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires non créateurs de droits.

Cependant, tout comme la jurisprudence Despujol était incomplète jusqu'à l'arrêt Compagnie Alitalia, la jurisprudence Association les Verts est insuffisante. Consacrant la perpétuité de l'exception d'illégalité des actes particuliers, elle s'arrête en chemin et refuse la contestation de leur illégalité *ab initio*. Il y a là une incohérence qui appelle une correction.

Le juge devrait admettre cette contestation qui est la conséquence inéluctable de la consécration du caractère perpétuel de l'exception. Cela ne permettrait pas, en effet, aux particuliers de tourner les règles du délai de recours puisque l'acte litigieux serait seulement déclaré illégal, l'annulation ne visant que le refus de l'abroger.

Malgré ce défaut aisément corrigible, la jurisprudence Association les Verts est le signe avant-coureur du revirement proposé. Qu'elle vise un règlement, un acte individuel non créateur de droits acquis ou un acte particulier, l'exception d'illégalité devrait être admise sans condition de délai, en raison de leur qualité commune, d'actes non créateurs de droits.

⁷⁴⁸ V. CE 17 décembre 1990, Association les Verts, p. 339 ; *AJDA* 1992, p. 114, chr. Honorat et Schwartz ; *RFDA* 1991, p. 571, concl. Pochard.

Le reliquat, composé exclusivement des actes individuels, devrait, en revanche, être maintenu dans le cadre d'une recevabilité temporaire, assouplie par deux hypothèses dérogatoires.

b - L'exception d'illégalité des actes créateurs de droits serait temporaire.

Visant aujourd'hui tous les actes non réglementaires, la recevabilité temporaire de l'exception d'illégalité serait limitée, en cas de consécration du critère de l'acte créateur de droits acquis, aux seuls actes individuels créateurs de tels droits. Son champ serait ainsi restreint aux actes pour lesquels le souci de stabilité juridique doit l'emporter sur le respect du principe de légalité.

L'état du droit y gagnerait en clarté et en cohérence. Les justiciables, quant à eux, bénéficieraient d'un assouplissement certain de leur situation actuelle.

L'exception d'illégalité resterait temporaire à l'égard des seuls actes individuels créateurs de droits acquis. Le principe d'intangibilité tolère, en effet, une contestation indirecte de leur légalité tant qu'un recours contentieux direct est recevable à leur encontre. L'exception d'illégalité serait alors admise, comme actuellement, au-delà de deux mois, dès lors que le délai n'aurait pas commencé à courir, faute d'une publicité suffisante, ou aurait été prorogé par l'exercice d'un recours administratif ou juridictionnel. Mais, une fois le délai expiré, les droits nés de ces actes étant, le plus souvent, définitivement acquis, l'exception serait automatiquement rejetée comme irrecevable. La solution est simple. Elle a le mérite d'avoir fait l'objet d'une discrète consécration jurisprudentielle.

Le contentieux du retrait des actes créateurs de droits passe obligatoirement, depuis l'arrêt Dame Cachet, par une exception d'illégalité. Le retrait d'un tel acte n'est légal que s'il est illégal. Or, en associant la possibilité du retrait à la non-expiration du délai de recours contre l'acte, le Conseil d'État a

expressément considéré que l'exception d'illégalité d'un acte administratif créateur de droits n'est possible que tant qu'il n'est pas définitif.

L'arrêt Dame Cachet est donc une vieille application du critère proposé.

Deux autres solutions très récentes permettent d'espérer un revirement prochain.

En premier lieu, le juge administratif a transposé au cas de l'abrogation sur demande des actes créateurs de droits illégaux, la jurisprudence Despujol. Il n'est pas utile de renouveler la démonstration de ce que le contentieux du refus d'abrogation se traduit nécessairement par une exception d'illégalité et de ce que, de la recevabilité de celle-ci, dépend la recevabilité du recours contre le refus d'abroger. Un arrêt Pain de 1991 a confirmé la proposition en reconnaissant que "l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation ou au retrait d'une décision créatrice de droits illégale, ne peut légalement faire droit à cette demande que si le délai du recours contentieux n'est pas expiré"⁷⁴⁹.

Le juge lie une fois encore la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité d'un acte administratif au caractère non acquis des droits qu'il génère.

La solution, consacrée dans des matières où, jusqu'à présent, la présence d'une exception d'illégalité n'avait pas été aperçue, semble également expliquer certains arrêts relatifs à des exceptions d'illégalité "classiques".

Outre l'arrêt Association diocésaine de Dax⁷⁵⁰ sur lequel Waline s'est appuyé pour, le premier, proposer de lier la recevabilité de l'exception d'illégalité aux droits nés de l'acte en cause, un arrêt récent est venu confirmer la tendance décelée dans l'arrêt Association les Verts.

⁷⁴⁹ CE 21 janvier 1991, Pain, QJ 31 octobre 1991, n° 131, p. 2.

⁷⁵⁰ V. CE 8 novembre 1950, Association diocésaine de Dax, p. 535. Cet arrêt déclare que "l'association n'est pas recevable à invoquer à l'appui des conclusions de la requête susvisée, l'illégalité prétendue du décret du 18 juillet 1911, lequel constitue un acte individuel ayant créé des droits définitivement acquis au profit du département des Landes".

Il s'agit de l'arrêt Consorts Lazerges, rendu par le Conseil d'État le 6 avril 1992⁷⁵¹. La formulation en est certes peu explicite. "Il ressort des pièces du dossier que le permis de construire accordé (...) le 18 février 1983 à la société (...) est devenu définitif le 18 décembre 1983 à l'expiration du délai de deux mois suivant l'intervention de la décision implicite de rejet par le commissaire de la République du recours gracieux formé contre ce permis par les consorts Lazerges ; les droits que la société civile immobilière tient de ce permis initial devenu définitif font obstacle à ce que les consorts Lazerges puissent se prévaloir de la méconnaissance de dispositions du plan d'occupation des sols (...) auxquels le permis de construire modificatif ne porte aucune atteinte supplémentaire".

C'est en raison du caractère définitif du permis initial et des droits qui en sont nés que le Conseil d'État rejette pour irrecevabilité l'exception d'illégalité. Si la solution est conforme à la jurisprudence classique, sa formulation est originale puisqu'il n'est pas fait appel à la nature individuelle de l'acte en cause. Le juge semble donc tendre, consciemment ou non, vers une reconnaissance du critère de l'acte créateur de droits acquis. L'irrecevabilité de l'exception de tels actes devenus définitifs doit rester toutefois assortie de ses deux dérogations traditionnelles.

La recevabilité perpétuelle de l'exception à l'appui d'un recours en responsabilité pour illégalité devrait être maintenue sans hésitation puisqu'elle se fonde sur l'absence de remise en cause, par ce biais, des droits nés de l'acte.

Par ailleurs, devrait être conservée la fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes. La restriction de son champ d'application aux seuls actes individuels créateurs de droits acquis devrait s'accompagner d'une plus grande facilité de maniement.

⁷⁵¹ V. CE 6 avril 1992, Consorts Lazerges, *JCP* 1993, II, 22128, obs. Liet-Vaux.

Elle serait, en effet, réservée aux hypothèses, très exceptionnelles, où un lien de dépendance juridique réciproque unit les actes soumis au juge, ce lien justifiant que les droits nés de l'acte initial voient leur caractère définitif acquis à l'expiration du délai de recours, non pas contre lui, mais contre l'acte final de l'opération complexe.

La distinction entre la prise d'effet des droits et leur intangibilité explique qu'ils puissent être remis en cause, par voie d'exception d'illégalité, malgré le caractère définitif de l'acte initial. L'opération complexe ne devrait alors plus être présentée comme une dérogation au principe d'intangibilité des situations acquises mais, plus logiquement, comme son strict respect dans une hypothèse très particulière.

Confirmation de cette opinion peut être trouvée dans la catégorie des actes assortis d'une condition suspensive. Ces actes créent des droits dont la prise d'effet et l'intangibilité est seulement retardée jusqu'à la survenance de la condition. Celle-ci ne crée pas les droits, elle ne fait que les rendre pleinement efficaces. L'analogie de raisonnement n'est pas surprenante : les actes sous condition suspensive peuvent être considérés comme constituant une opération complexe.

L'acte initial crée des droits dont les effets sont retardés jusqu'à la survenance de la condition qui les rendra alors définitifs. Il y a effectivement un lien de dépendance juridique réciproque, une opération complexe.

La jurisprudence actuelle semble manquer de cohérence puisqu'elle se fonde, en fait, sur le seul caractère créateur de droits acquis des actes visés par l'exception, sans pour autant tirer toutes les conséquences de ce critère. Cependant, l'apparition de nouvelles catégories d'actes administratifs, les actes particuliers et les actes individuels non créateurs de droits acquis, appelle une

prise de position du juge. Il doit tenir compte de la nature particulière de ces actes et consacrer le caractère perpétuel de leur exception d'illégalité. Un faible effort est nécessaire pour aplanir les difficultés liées à l'état actuel du droit.

Telles sont les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité des actes administratifs. A leur égard doivent être respectées les principales exigences auxquelles est soumise, au principal, la contestation de la légalité d'un acte administratif. Ce sont les conditions de recevabilité temporelle propres à l'acte argué d'illégalité qui ont suscité les développements les plus fournis. Les autres exigences ont un rôle jurisprudentiel marginal, mais doivent néanmoins être respectées sous peine de rejet.

La qualité de moyen de droit de l'exception est apparue, une fois encore, la source de l'originalité de son régime. Elle implique, en effet, le respect d'une jurisprudence propre aux moyens, la jurisprudence Société Intercopie : pour être recevable hors délai au regard du recours principal, l'exception d'illégalité doit reposer sur une cause juridique déjà invoquée ou reposer sur un vice d'ordre public de l'acte contesté incidemment.

Le problème de la recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité compte tenu de l'acte qui en est l'objet paraît, quant à lui, incohérent au regard des fondements qui lui sont assignés. Une étude approfondie a permis de proposer une reformulation du critère, satisfaisante en théorie, puisqu'explicative de points jusqu'ici mal éclaircis, et heureuse en pratique, puisque limitant le respect du principe d'intangibilité des situations juridiques aux seules décisions créatrices de droits.

Ayant déterminé le caractère opérant de l'exception d'illégalité puis sa recevabilité, le juge peut alors, enfin, s'intéresser à l'essentiel pour le plaideur et pour l'issue du litige : le fond du droit.

CHAPITRE TROISIÈME

L'EXAMEN AU FOND

DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

L'examen au fond de l'exception d'illégalité diffère de celui de son opérance ou de sa recevabilité. Il est de la compétence exclusive du juge de l'exception.

L'incompétence du juge de l'action pour statuer sur l'exception, ne lui interdit pas d'apprécier lui-même si une question préjudicielle existe bien. Il doit pour cela examiner l'opérance et la recevabilité de l'exception, notamment au travers de l'identification de son caractère nécessaire et de sa difficulté sérieuse⁷⁵². Lorsque ce contrôle est positif, il ne peut alors que renvoyer le jugement au fond de l'exception au juge administratif, juge de l'exception.

Evidemment, en cas de plénitude de compétence du juge de l'action, l'exception est appréciée au fond sans renvoi.

La répartition des compétences ainsi tracée fait d'emblée apparaître une

⁷⁵² V. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 175 et s.

première originalité du régime de l'exception d'illégalité, puisqu'elle permet de déroger au principe selon lequel le juge administratif est seul juge de la légalité des actes administratifs.

Sur le fond également le contrôle de légalité opéré par voie d'exception diffère du contrôle exercé sur l'acte principal dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Le caractère incident de cet examen a, en effet, une influence sur ses modalités. Si donc l'appréciation de la légalité de l'acte objet de l'exception d'illégalité obéit aux principes classiques gouvernant le recours par voie d'action, elle connaît cependant une certaine originalité, en ce qu'elle offre aux plaideurs et au juge un moyen de légalité particulier.

SECTION I - LES MOYENS DE LÉGALITÉ CLASSIQUES.

L'exception d'illégalité soumet au juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, l'appréciation de la légalité d'un acte distinct de celui visé par le recours principal. La fonction juridictionnelle est identique en cas de contestation par voie d'action ou par voie d'exception : seuls des moyens de légalité peuvent être évoqués pour motiver l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un acte administratif. Pas plus que sur recours direct, le juge ne peut, dans le cadre de l'examen d'une exception d'illégalité, se prononcer sur l'opportunité de l'acte en cause. Il n'y a rien là que de très logique. Cependant, le juge a été amené à l'affirmer explicitement pour écarter certaines argumentations par trop téméraires. Ainsi, dans un arrêt Valentini, le juge administratif, saisi de la question de la légalité de la création d'une zone d'aménagement concerté à l'occasion du recours exercé contre l'approbation du plan d'aménagement de ladite zone, a-t-il rappelé que "si les requérants soutiennent que d'autres emplacements auraient été mieux adaptés à

la réalisation de certains établissements de cette zone, il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux, de se prononcer sur l'opportunité du choix opéré par l'administration"⁷⁵³. La position du juge judiciaire est identique lorsqu'il est compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité d'un acte administratif : "lorsqu'un acte administratif réglementaire est assorti d'une sanction pénale qu'il est demandé à un tribunal judiciaire de prononcer, les juges ont le devoir, non d'en apprécier l'opportunité, mais de s'assurer tant en la forme qu'au fond de sa conformité à la loi"⁷⁵⁴.

Cette unité de solution entre juges administratifs et juges judiciaires témoigne de la similitude d'exercice du contrôle de légalité par voie d'exception entre les deux ordres juridictionnels. La légalité étant une ne saurait être appréciée différemment selon la qualité du juge compétent. "Illégalité est synonyme d'excès de pouvoir. Il n'y a donc aucune raison, *a priori*, pour que les tribunaux de police et la Chambre criminelle ne calquent pas leur conception de l'illégalité sur celle que le Conseil d'État a dégagée de longue date de l'excès de pouvoir avec ses quatre ouvertures traditionnelles"⁷⁵⁵.

Ainsi, les mêmes moyens de droit sont ouverts aux justiciables devant le juge administratif et devant le juge judiciaire. "On ne voit pas pourquoi le contrôle du juge répressif serait plus réduit quant aux chefs d'illégalité possibles que celui du juge administratif"⁷⁵⁶. "La notion de légalité étant une, et le tribunal répressif étant (...) juge de l'exception d'illégalité, ce tribunal exerce un contrôle aussi étendu en droit que le juge de l'excès de pouvoir, même si, de l'une à l'autre jurisprudence, certaines nuances marquent un tour d'esprit différent"⁷⁵⁷.

⁷⁵³ CE Sect. 23 mars 1979, Valentini, *AJDA* novembre 1979, p. 53, obs. Souloumiac.

⁷⁵⁴ Crim. 18 novembre 1991, *Bull Crim*, n°414. V. également Crim. 11 mai 1935, *DH* 1935, p. 381 ; Crim. 25 juin 1937, *GP* 1937, 2, p. 480 ; Crim. 19 octobre 1938, *GP* 1938, 2, p. 681 ; Trib. Pol. Romilly 7 janvier 1953, *GP* 1953, n°63 ; Crim. 17 avril 1975, *Bull Crim*, n°100.

⁷⁵⁵ M. Waline, *Cours de doctorat*, 1947-1948, p. 145.

⁷⁵⁶ G. Vedel, obs. sous Trib. Corr. Toulon 18 mars 1948, *JCP* 1948, II, 4299.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

“La différence sera que le juge administratif tendra - car il n’y a jamais d’interprétation pure de toute subjectivité - à retrouver dans la loi un écho de ses préoccupations d’administrateur supérieur que le juge répressif ne partage évidemment pas. De là sur certains points, plus de souplesse, sur d’autres aussi plus de sévérité ; mais ce sont des différences tenant au “tempérament” du juge, non à la compétence de la juridiction”⁷⁵⁸.

Hormis ces hypothèses d’appréciation divergentes, dont le caractère marginal s’affirme aujourd’hui davantage, les techniques et outils de contrôle sont identiques d’un juge à l’autre. Il n’est pas étonnant de constater que ce sont les mêmes que ceux mis en oeuvre dans le contrôle par voie d’action, à une nuance près cependant⁷⁵⁹. “Les cas d’ouverture de l’exception d’illégalité sont (...) les mêmes que ceux du recours pour excès de pouvoir. L’exception d’illégalité n’a aucune originalité sur ce point, et c’est au recours pour excès de pouvoir qu’il faut se reporter”⁷⁶⁰.

Confirmation en est donnée par l’examen des moyens de légalité “ordinaires” ouverts aux parties ainsi que par le jeu des moyens d’ordre public.

§ 1 - LES MOYENS ORDINAIRES.

La jurisprudence est, en matière d’examen au fond de l’exception d’illégalité, sans ambiguïté. Le juge de l’exception accepte depuis toujours les mêmes moyens que ceux susceptibles de prospérer dans le cadre d’un recours direct. En principe, tout vice de légalité externe ou interne de l’acte argué d’illégalité est accueilli.

⁷⁵⁸ Ibid.

⁷⁵⁹ V. infra Section II, p. 553 et s.

⁷⁶⁰ C. Boissard, *L’exception d’illégalité devant les tribunaux judiciaires*, Thèse Dijon, 1925, p. 16.

A - Les vices de légalité externe.

Ce n'est qu'en principe que les vices de légalité externe classiques sont ouverts à l'appui d'une exception d'illégalité. La loi du 9 février 1994 est, en effet, venu restreindre la possibilité d'invoquer certains d'entre eux dans le cadre du droit de l'urbanisme. Selon le nouvel article L 600-1 du code, "l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause".

Conçue pour mettre un terme aux difficultés nées de la jurisprudence Société Gépro, ce texte est le premier à limiter ainsi la recevabilité de certains moyens de droit à l'appui d'une exception. Il serait de ce fait fort critiquable, car portant atteinte à une jurisprudence favorable aux requérants et solidement établie, si, au regard de ces inconvénients, la clarification qu'il opère en matière d'urbanisme n'était pas devenue urgente, dans l'intérêt des justiciables eux-mêmes.

Hormis cette hypothèse très particulière, les moyens de légalité externe classiques sont ouverts au soutien des exceptions d'illégalité.

L'exception d'illégalité peut ainsi être fondée sur un vice de forme⁷⁶¹ ou un vice de procédure⁷⁶².

⁷⁶¹ V. notamment CE 1er février 1851, Richard de Vesvrotte, p. 81 ; CE 9 janvier 1907, Albre, p. 18 ; CE 9 août 1918, Nèple, p. 817 ; CE 19 mars 1948, Dame de Saint Trivier, p. 140 ; CE 13 mai 1949, Bourgain, p. 214 ; CE 3 juillet 1957, Labarthe, p. 842 ; CE 17 octobre 1973, Ministre de l'équipement c/ Souilhac, p. 575 ; CE 5 mai 1982, Cottureau, p. 169 ; CE 25 juillet 1985, Dagostini, p. 226. V. également, pour le contrôle de la légalité formelle par les tribunaux judiciaires, Crim. 17 juillet 1941, *DC* 1942, J, p. 12, Crim. 11 octobre 1990, *Bull Crim*, n° 339 et 340 ; Crim. 5 mars 1991, *Bull Crim*, n° 111 et les développements de Th. Cathala, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, Thèse 1964, p. 115 ss.

⁷⁶² V. notamment, CE 28 décembre 1900, Bégrand, p. 830 ; CE 5 janvier 1912, Veuve Manse, p. 4 ; CE 26 mars 1926, Dorencourt, p. 365 ; CE 27 février 1935, Debachy, p. 266 ; CE Ass. 23 juillet 1943, Association de la presse médicale française, p. 204 ; CE 15 juillet 1950, Vauzelle, p. 466 ; CE 6 mai 1955, Lacome, p. 237 ; CE 23 janvier 1957, Clairac, p. 53 ; CE 12 octobre 1960, Centre hospitalier régional de Nantes, *AJDA* 1961, II, p. 349, note anonyme ; CE 2 novembre 1960,

Elle peut également faire valoir une incompétence de l'auteur de l'acte objet de l'exception d'illégalité⁷⁶³.

Cassane, p. 581 ; CE 23 mars 1962, Revers, p. 202 ; *D* 1962, p. 400, note Hamon ; CE 21 novembre 1973, Ministre de l'agriculture c/ Friren, p. 653 ; CE 19 février 1975, Kientz, p. 136 ; CE 22 mars 1978, Groupement foncier agricole des cinq ponts, p. 845 ; CE 5 janvier 1979, Association pour la protection et l'embellissement du site de la Baule-Escoublac, p. 7 ; *AJDA* avril 1979, p. 45, note Charles ; CE 15 mai 1981, Virey, p. 223 ; *D* 1981, IR, p. 536, obs. Bon ; CE 2 octobre 1981, Batier, *D* 1982, IR, p. 378, obs. Moderne et Bon ; CE 8 janvier 1982, SARL Chocolat de régime Dardenne, p. 1 ; CE 29 janvier 1982, Martin, p. 44 ; CE 19 février 1982, Commaret, p. 78 ; CE 21 avril 1982, Société omnium d'entreprise Dusmeny et Chapelle, *AJDA* 1982, p. 665, obs. Bouyssou ; CE 9 juin 1982, Association de sauvegarde des espaces verts des Monts d'or, p. 216 ; *D* 1982, IR, p. 518, obs. Charles ; CE 26 novembre 1982, L., *DA* 1983, n° 34 ; CE 11 mars 1983, Association pour la sauvegarde de Boulancourt, p. 790 ; CE 17 juin 1983, Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ SCI Italie-Vandrezanne, p. 267 ; *JCP* 1984, II, 20138, note Morand-Deville ; CE 20 mars 1985, Commune de Villeneuve le Roi, p. 815 ; *RA* 1986, p. 43, note Pacteau ; CE 18 juin 1986, Krier, p. 166 ; *D* 1987, J, p. 193, note Pacteau ; CE 27 mars 1987, Société des pompes funèbres PLM, p. 112 ; CE 24 juillet 1987, Commune de Génissac, p. 284 ; CE 20 janvier 1988, Époux Le Roux, p. 32 ; CE 7 décembre 1990, Territoire de la Nouvelle Calédonie, p. 353 ; CE 27 mai 1991, Époux Bouquet, p. 213 ; CE 18 novembre 1991, Le Chaton, *RDP* 1992, p. 1527, n° 16 ; CE 17 juin 1992, Marcel Leclerc, *DA* 1992, n° 316.

V. également, pour le contrôle de la légalité procédurale par les tribunaux judiciaires, Trib. Corr. Le Havre 24 septembre 1941, *GP* 1942, I, p. 9.

⁷⁶³ V. notamment CE 4 mai 1826, Landrin, p. 256 ; CE 25 mai 1906, Bernhard, p. 456 ; CE 16 décembre 1921, Ville de Pau, p. 1061 ; CE 20 janvier 1922, Coudert, p. 47 ; CE 28 décembre 1922, Pelatan, p. 989 ; CE 2 novembre 1928, Deloulay, p. 1127 ; CE 18 juillet 1930, Duc, p. 754 ; CE 19 janvier 1933, Boireau, p. 76 ; CE 8 janvier 1936, Association amicale du personnel du ministère de l'agriculture, p. 38 ; CE 15 juillet 1938, Vial, p. 674 ; CE 3 mars 1942, Sandoz, p. 74 ; CE 31 juillet 1948, Compagnie industrielle des pétroles de l'Afrique du Nord, p. 385 ; CE 21 octobre 1949, Ministre du travail c/ Berp, *D* 1950, J, p. 76, note Waline ; CE 1er juillet 1952, Société X, p. 342 ; CE 23 janvier 1953, Courajoux, p. 31 ; CE 3 juillet 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur ; CE 1er octobre 1954, Bigeard, p. 494 ; CE 24 octobre 1956, Ministre du budget c/ Société Dorchie et fils, p. 383 ; CE 25 janvier 1957, Keinde Seringe, p. 63 ; CE 9 janvier 1959, Ville de Nice, p. 26 ; CE 10 avril 1959, Syndicat national des speakers de la radiodiffusion française, p. 231 ; CE 6 novembre 1959, Coopérative laitière de Belfort, p. 581 ; CE 16 décembre 1959, Société Mavromatis frères, p. 690 ; CE 14 juin 1961, Société european metal trading, *RDP* 1962, p. 1289 ; CE 13 juillet 1961, Société d'entreprise générale et de travaux publics pour la France, p. 473 ; *AJDA* 1961, II, p. 548, concl. Nicolaÿ ; CE 14 février 1962, Gugenheim, *RDP* 1962, p. 1022 ; CE 25 janvier 1963, Lemaesquier, p. 48 ; *AJDA* 1963, p. 48, chr. Gentot et Fourré ; CE 28 février 1964, Fédération de l'éducation nationale, p. 150 ; CE 8 octobre 1965, Marfaing, p. 497, concl. Bertrand ; *AJDA* 1966, p. 156, chr. Puissochet et Lecat ; TA Dijon 3 mai 1967, Falzon, *AJDA* 1967, p. 410 ; CE 3 novembre 1967, Marailhac, p. 403 ; *AJDA* 1968, p. 415, note V.S. ; CE 7 février 1968, Ministre de l'économie c/ Beau, p. 95 ; CE 8 mars 1968, Plenel, p. 168 ; CE 4 octobre 1968, Ferrando, p. 474 ; CE 6 novembre 1968, Société anonyme Olida, p. 550 ; CE 24 octobre 1969, Lafontaine, p. 450 ; CE 19 juin 1970, Mahé, p. 416 ; *RTDSS* 1970, p. 300, concl. Rougevin-Baville ; CE 2 octobre 1970, Baruteau, p. 545 ; CE 16 décembre 1970, Élections des délégués d'enseignement et de recherche à l'assemblée constitutive provisoire de l'université de Limoges, p. 25, concl. Théry ; CE 30 avril 1971, Congrégation des soeurs de Saint Joseph, p. 315 ; CE 7 mai 1971, Rivière, p. 331 ; CE 28 mai 1971, Association des directeurs d'instituts et des centres universitaires d'études économiques régionales, p. 390 ; CE Sect. 7 janvier 1972, Élections au conseil de l'UER de lettres de l'université de Limoges, p. 25, concl. Théry ; CE 17 mars 1972, Ministre de l'éducation nationale c/ Jarrige, p. 222 ; CE 31 mai 1972, Ministre de la santé publique c/ Doucet, p. 404 ; CE 21 juillet 1972, Saingery, p. 555 ; CE 4 avril 1973, Oviq, p. 275 ; TA Versailles 5 décembre 1973, Association pour la protection de l'environnement de Bailly, p. 830 ; CE 25 janvier 1974, Boyer, p. 820 ; TA Amiens 25 avril 1975, Rouhette, p. 710 ; *AJDA* 1975, p. 460, note J. Chevallier ; CE 16 janvier 1976, Dujardin, p. 44 ; CE 12 mai 1976, Gillet, *RDP* 1977, p. 229 ; CE 12 mai 1976, Bauchet, p.

B - Les vices de légalité interne.

Pareillement, l'examen de l'exception d'illégalité peut, relativement à la légalité interne de l'acte en cause, porter sur un éventuel détournement de pouvoir⁷⁶⁴, sur l'erreur de droit ou la violation de la loi commise par la puissance publique⁷⁶⁵. Cette erreur de droit peut se manifester concrètement par

242 ; CE 23 juin 1976, Schimpf, p. 724 ; TA Nice 20 avril 1977, Association ouest varoise pour la protection de l'environnement, p. 1001 ; CE 4 novembre 1977, Dame Si Moussa, p. 417, concl. Massot ; CE 7 juillet 1978, Jonquères d'Oriola, *RDP* 1979, p. 546, concl. Rougevin-Baville ; CE 13 juin 1980, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, p. 271 ; CE 23 janvier 1981, Causer, p. 555 ; CE 29 mai 1981, Lequerre, p. 569 ; CE 12 mars 1982, Fédération FO des cheminots, p. 95 ; CE 3 mai 1982, Louchart, *AJDA* 1982, p. 538, concl. Robineau ; TA Versailles 7 octobre 1982, Niang, p. 500 ; CE 22 avril 1983, Sabin et autres, p. 159 ; CE 25 janvier 1985, Ministre de l'agriculture c/ Société de courses de Questembert-Malestroit, p. 491 ; CE 25 juillet 1986, Cadalen, *RJF* 1986, n°989 ; CE 10 juin 1988, Département de l'Orne c/ Gandon, p. 233 ; CE 19 octobre 1988, Fédération nationale SOS environnement, p. 343 ; *GP* 1989, I, Som, p. 247 ; CE 20 janvier 1989, Noon, p. 25 ; CE 27 janvier 1989, Goumot, p. 38 ; CE 2 mars 1990, Commune de Boulazac, *RFDA* 1990, p. 621, concl. Abraham ; CAA Paris 10 avril 1990, CEMAGREF, p. 543 ; TA Strasbourg 26 mars 1991, Gerber, *JCP* 1991, IV, p. 392 ; CE 4 octobre 1991, Leduc, p. 659 ; CE 6 décembre 1991, Cierco, p. 419 ; CE 8 janvier 1992, Département de la Gironde, *DA* 1992, n°67.

V. également pour l'appréciation de la compétence par les tribunaux judiciaires, *Crim.* 26 juillet 1907, *S* 1908, I, p. 61 ; *Crim.* 11 octobre 1910, *Bull Crim*, n°555 ; *Crim.* 24 mai 1913, *Bull Crim*, n°250 ; *Crim.* 3 avril 1935, *Bull Crim*, n°78 ; *Crim.* 3 juin 1935, *GP* 1935, 2, p. 327 ; *S* 1937, I, p. 234 ; *DH* 1935, p. 428 ; Trib. Corr. Le Havre 24 septembre 1941, *GP* 1942, I, p. 9 ; Trib. Corr. Dreux 16 juin 1942, *GP* 1942, 2, p. 55 ; Trib. Corr. Saint Calais 2 février 1950, *JCP* 1950, II, 5540 ; Paris 23 mai 1951, *D* 1951, J, p. 638.

⁷⁶⁴ V. notamment CE 29 novembre 1895, Bovis, p. 774 ; CE 1er mars 1912, Commune de Vaudreuil, p. 296 ; CE 4 avril 1925, Hauret, p. 400 ; CE 19 novembre 1928, Monzat, *D* 1928, 3, p. 33, note Devaux, concl. Cahen-Salvador ; CE 8 janvier 1930, Caputo, p. 14 ; CE 2 mars 1934, Guiteau, p. 1235 ; CE 28 novembre 1951, Braun, p. 559 ; CE 10 novembre 1967, Dame Veuve Coquot, p. 901 ; CE 24 janvier 1968, Commune de Bournand, p. 56 ; TA Dijon 16 juin 1981, Dame Bonnel, *D* 1982, J, p. 81, note Gilli ; CE 19 février 1982, Commaret, p. 78 ; CE 19 juin 1991, Époux Johannet, p. 244 ; CE 24 février 1993, Société d'affichage Giraudy, *DA* 1993, n°151 ; CAA Bordeaux 25 février 1993, Société Famétal, *DA* 1993, n°346.

V. également pour le contrôle du détournement de pouvoir par les tribunaux judiciaires, *Crim.* 30 décembre 1909, *Bull Crim*, n°633 ; *Crim.* 1er décembre 1934, *S* 1935, I, p. 313 ; *Crim.* 16 avril 1935, *DH* 1935, p. 319 ; *Crim.* 21 décembre 1961, *D* 1962, J, p. 102, concl. Costa ; *JCP* 1962, II, 12680, note Lamarque ; *Crim.* 11 octobre 1990, *Bull Crim*, n°340 et les développements de Th. Cathala, op. cit., p. 91 et de Chr Pelletier, *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif*, Thèse 1952, p. 126.

⁷⁶⁵ V. notamment CE 1er février 1851, Richard de Vesvrotte, p. 81 ; CE 12 juillet 1864, Desgrottes, p. 622 ; CE 23 juin 1868, Salle, p. 708 ; CE 9 avril 1875, Testelin, p. 312 ; CE 21 mai 1892, Vrignonneau, p. 476 ; CE 10 mars 1905, Charvier, p. 240 ; CE 9 mars 1906, Domec, p. 211, concl. Romieu, *RDP* 1906, p. 662, note Jèze ; CE 1er mars 1912, Commune de Saint Dézéry, p. 299 ; CE 27 juin 1913, Esmard, p. 761 ; CE 9 novembre 1917, Thureau, p. 709 ; CE 12 juillet 1918, Lefèbvre, p. 698 ; CE 1er août 1919, Fraissé, p. 695 ; CE 31 mars 1922, Montagné, p. 313 ; CE 20 mars 1925, Abbé Pouzineau, p. 288 ; CE 18 décembre 1925, Courbon, p. 1032 ; CE 4 mars 1927, Ogé, p. 287 ; CE 18 janvier 1929, Vermot, p. 65 ; CE 19 janvier 1933, Boireau, p. 76 ; CE 20 février 1935, Guillot, p. 217 ; CE 28 mai 1935, Chrétien, p. 630 ; CE 28 janvier 1938, Pichard, p. 102 ; CE

un défaut de base légale⁷⁶⁶, une violation du champ d'application de la loi⁷⁶⁷, une violation de la constitution⁷⁶⁸ ou d'un principe général du droit⁷⁶⁹ protégeant une

3 avril 1940, Boudin, p. 112 ; CE 9 novembre 1945, Gillot, p. 223 ; CE 18 mars 1949, Chalvon-Demersay, p. 134 ; CE 13 mai 1949, Bourgain, p. 214 ; CE 8 juillet 1949, Époux Caulier, p. 343 ; CE 3 novembre 1952, Dame Veuve Bonneau, p. 484 ; CE 3 décembre 1954, Rastouil, Évêque de Limoges, p. 639 ; CE 1er avril 1955, Harrach, p. 193 ; CE 2 novembre 1962, Géraud, p. 587 ; CE 23 janvier 1965, Bénézit, p. 45 ; CE 9 octobre 1964, Meunier, p. 454 ; CE 22 juin 1966, Houillères du bassin d'Aquitaine, p. 413 ; CE 11 octobre 1967, Ministre de l'agriculture c/ Navel, p. 361 ; CE 24 janvier 1969, Ministre du travail c/ syndicat national des cadres des organismes sociaux, *D* 1969, J, p. 440, note Dutheil de la Rochère ; CE 3 octobre 1969, Bertheloot, p. 417 ; CE 18 décembre 1970, STACI, p. 779 ; CE 22 octobre 1971, Fontaine, p. 626 ; CE Sect. 16 mars 1973, Ministre du travail c/ Caisse d'épargne de Limoges, p. 224 ; CE 20 juin 1973, Chevrel, p. 420 ; CE 17 octobre 1973, Ministre de l'équipement c/ Souilhac, p. 575 ; CE 7 novembre 1973, Ministre de l'équipement c/ Neusy, p. 616 ; CE 23 juillet 1974, Ministre de l'éducation nationale c/ Arnoux, p. 456 ; CE 20 janvier 1975, Guilleneuf, p. 1099 ; CE 31 janvier 1975, Élections au conseil de l'université de Toulouse-Mirail, p. 71 ; CE 19 février 1975, Syndicat des médecins du Rhône, p. 129 ; CE 28 mai 1976, Société Laboratoires d'électronique et de physique appliquée, p. 286 ; CE 18 novembre 1977, SA Entreprise J. Marchand, p. 441, concl. Franc ; *AJDA* 1978, p. 654, note Mesnard ; CE 17 janvier 1979, Jougla, p. 589 ; CE 13 juin 1980, SCI la Sablonnière, p. 276 ; *AJPI* 1980, p. 719, obs. Moderne ; *JCP* 1981, II, 19588, obs. Bouyssou ; CE 15 mai 1981, Virey, p. 223 ; *D* 1981, IR, p. 536, obs. Bon ; CE 10 juin 1981, Jacquet, p. 255 ; CE 30 mars 1983, Fédération départementales des associations agréées de pêche de l'Ain, p. 244 ; CE 2 décembre 1983, Confédération des syndicats médicaux français, p. 468 ; CE 31 octobre 1986, Chambre syndicale des pharmaciens de la Loire, p. 250 ; CE 21 novembre 1986, Association de gestion de Notre Dame de Verneuil, p. 704 ; CE 27 avril 1987, Ministre du budget c/ Société "Mercure Paris-Étoile", p. 147 ; CE 22 janvier 1988, Carbone, p. 585 ; CE 7 juillet 1989, Ordonneau, p. 161 ; CE 29 juin 1990, Fédération française de golf c/ ville de Chateaufort, *DA* 1990, n° 420 ; *TA Nice* 31 janvier 1991, Association de défense des sites de Théoule et de la corniche d'or, *D* 1991, SC, p. 263, obs. Charles ; CE 29 mars 1991, Commune de Vèze, *DA* 1991, n° 230 ; CE 8 juillet 1991, Palazzi, p. 276 ; *LPA* 17 juillet 1992, note de Béchillon ; CE 2 décembre 1991, Souille, *DA* 1992, n° 58 ; CE 2 mars 1992, SARL Rabreau, *JCP* 1992, IV, 1594.

V. également, pour l'appréciation de l'existence d'une erreur de droit par les tribunaux judiciaires, Crim. 25 septembre 1935, *Bull Crim*, n° 111 ; Crim. 14 mai 1941, *GP* 1941, II, p. 251 ; Montpellier 16 novembre 1948, *JCP* 1949, II, 4694 ; Trib. Corr. Laval 1er avril 1938, *S* 1938, 2, p. 188 ; Crim. 18 janvier 1951, *D* 1951, J, p. 289 ; Crim. 21 décembre 1961, *Bull Crim*, n° 551 ; *D* 1962, p. 102, concl. Costa ; *JCP* 1962, II, 12680, obs. Lamarque ; Crim. 10 octobre 1978, *Bull Crim*, n° 266 ; Crim. 26 avril 1990, *DA* 1990, n° 465 et les développements de Th. Cathala, op. cit., p. 85 ss et p. 101, et de Chr. Pelletier, op. cit., p. 124.

⁷⁶⁶ V. notamment CE 22 décembre 1863, Piquesnal, p. 843 ; CE 16 décembre 1868, Mourchou, p. 1043 ; CE 24 février 1879, Commune de Cescau, p. 50 ; CE 10 décembre 1909, Lépinay, p. 971 ; CE 30 octobre 1942, Syndicat des grandes pharmacies de Paris et de la Seine, p. 301 ; CE 11 mai 1960, Compagnie d'assurances la Prévoyance, p. 318 ; CE 28 avril 1961, Di Nezza, p. 262 ; CE 14 mai 1965, Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, p. 279 ; CE 27 juin 1969, Société X, p. 345 ; CAA Paris 9 juillet 1991, Conseil supérieur de l'audiovisuel, p. 543.

⁷⁶⁷ V. notamment CE 20 mars 1931, Trutié de Varreux, p. 330 ; CE 9 juin 1958, Société Costa frères, p. 325 ; CE 9 octobre 1964, Meunier, p. 454 ; *TA Rennes* 22 mai 1974, Paoli et autres, p. 707 ; CE 31 octobre 1975, Société Coq France, p. 534 ; CE 30 avril 1976, Lacorne, p. 224 ; CE 29 janvier 1982, Martin, p. 44 ; CE Ass. 31 octobre 1982, Rivoalen, p. 482 ; CAA Paris 9 juillet 1991, Conseil supérieur de l'audiovisuel, p. 543.

⁷⁶⁸ V. notamment CE 28 juin 1918, Heyriès, p. 651 ; CE 16 janvier 1920, Fabre, p. 38 ; CE 27 février 1970, Dautan, p. 141 ; CE 7 décembre 1973, Ministre de l'agriculture et du développement rural c/ SCA des Nigritelles, *AJDA* 1974, p. 86, note B.G. ; CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won et Butin, p. 33 ; *RDP* 1982, p. 816, note Drago, p. 822, concl. Bacquet ; *AJDA* 1982, p. 440, chr.

liberté⁷⁷⁰ ou le principe d'égalité⁷⁷¹.

En outre, si l'acte visé n'est classiquement soumis qu'à un contrôle restreint, il reste possible, par voie d'exception, de le déclarer illégal pour erreur manifeste d'appréciation⁷⁷².

Tiberghien et Lasserre ; *D* 1983, IR, p. 235, obs. P. D. ; *JCP* 1983, II, 19968, obs. Barthélémy ; *RA* 1983, p. 390, note Pacteau ; CE 26 juin 1989, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, *AJDA* 1989, p. 725, note Prétot ; TA Papeete 6 février 1990, Dufour, p. 587. V. s'agissant des juridictions judiciaires, Crim. 1er février 1990, *Bull Crim*, n°56.

⁷⁶⁹ V. notamment TA Dijon 3 mai 1967, Falzon, *AJDA* 1967, p. 410 ; TA Clermont-Ferrand 17 octobre 1985, Arvis, *RFDA* 1986, p. 810, concl. Madec ; CE 20 avril 1988, Conseil national de l'ordre des médecins, p. 146 ; CE 1er juillet 1988, Billard et Volle, p. 264 ; *D Soc* 1989, p. 512, art. Lachaume ; CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid Nourai, notes Dubouis et Beaud ; *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet ; *LPA* 1989, n° 149, note Derouin ; *RTDE* 1989, p. 509, note Vergès.

V. également, pour l'examen de la conformité à un principe général du droit de l'acte en cause, Crim. 3 juin 1937, *Bull Crim*, p. 217 ; Crim. 4 juin 1964, *D* 1964, p. 555, concl. Costa.

⁷⁷⁰ V. notamment CE 22 avril 1904, Metzger, p. 321 ; CE 5 juin 1908, Riverain et Henry, p. 609 ; *DP* 1910, 3, p. 17 ; CE 24 juillet 1942, Société française pour le commerce extérieur, p. 223 ; CE 12 février 1954, Société Roger Grima et compagnie, p. 97 ; CE 16 octobre 1957, Union foraine jurassienne, p. 529 ; CE 28 mai 1965, Société Mobil oil française, p. 310 ; CE 29 juin 1973, Société Géa, p. 453 ; *RDP* 1973, p. 547, note Waline ; *AJDA* 1973, p. 589, note Vier ; *D* 1974, J, p. 141, note Durupty ; Crim. 25 avril 1985, *Bull Crim*, n° 159 ; CE 26 juillet 1985, Société Glace service, p. 523.

V. également, pour l'examen par les tribunaux judiciaires de l'atteinte à une liberté, Crim. 12 mai 1916, *S* 1918-1919, I, p. 108 ; Crim. 12 juillet 1934, *DH* 1934, p. 462 ; Civ. 1ère 15 janvier 1975, *D* 1975, p. 671, note Drago ; Crim. 25 avril 1985, *Bull Crim*, n° 159 et les développements de Th. Cathala, op. cit., p. 129.

⁷⁷¹ V. notamment CE 10 mai 1912, Abbé Bouteyre, p. 553 ; CE 21 novembre 1913, Commune de Nans, p. 1131 ; CE 11 avril 1920, Gnanou, p. 370 ; CE 19 novembre 1958, Butori, p. 565 ; *AJDA* 1958, p. 450, concl. Bernard ; CE 11 mars 1960, Ville de Strasbourg, p. 194 ; Crim. 4 juin 1964, Procureur général de Bordeaux et dame Davant, *D* 1964, p. 555, concl. Costa ; CE 28 mai 1965, Société Mobil oil française, p. 310 ; TA Dijon 3 mai 1967, Falzon, *AJDA* 1967, p. 410 ; CE 29 juin 1973, Syndicat national des biologistes des centres hospitaliers, p. 451 ; CE 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274 ; CE 14 mars 1975, Huillet, p. 192 ; CE 27 avril 1977, Cluzeau, p. 746 ; CE 30 novembre 1977, Dame Cochard, p. 469 ; CE 24 novembre 1978, Lemarquand, p. 468 ; CE 6 février 1981, Baudet, p. 53 ; *AJDA* 1981, p. 489, concl. Dondoux ; CE 19 février 1982, Commaret, p. 78 ; TA Nouméa 8 octobre 1986, Faucompre, p. 321 ; TA Papeete 18 octobre 1988, Carbone, p. 585 ; TA Papeete 6 février 1990, Dufour, p. 587 ; CE 29 mars 1991, Commune de Vèze, *DA* 1991, n° 230 ; CE 20 mars 1991, Martin, *RDP* 1992, p. 876, n° 14 ; CE 17 octobre 1991, Ministère des P et T, *DA* 1992, n° 71 ; CE 19 juin 1992, Département du Puy de Dôme, *RFDA* 1992, p. 771.

⁷⁷² V. notamment CE 28 mai 1976, Centre technique des conserves de produits agricoles, p. 282 ; CE Sect. 23 mars 1978, Commune de Bouchemaïne, *AJDA* mai 1979, p. 80, chr. Dutheil de Lamothe et Robineau ; CE 24 mai 1978, Société bretonne d'aménagement foncier et d'établissement rural, p. 210 ; CE 23 mars 1979, Valentini, p. 133 ; *AJDA* novembre 1979, p. 53, note Souloumiac ; CE 1er février 1980, Rigal, *AJDA* 1981, p. 43, concl. Bacquet ; TA Versailles 17 avril 1980, de Fresnoye, p. 593 ; CE 19 février 1982, Commaret, p. 78 ; CE 14 novembre 1984, Commune de Longages, p. 364 ; CE 26 juin 1989, EDF, p. 559 ; CE 21 juillet 1989, Ministère de l'urbanisme c/ Association pour la défense de l'environnement et de la qualité de la vie de Golfe Juan et de Vallauris, *DA* 1989, n° 543 ; *CJEG* 1989, p. 407, concl. Frydman ; *AJDA* 1990, p. 69, note J-B. Auby ; CAA Lyon 21 mai 1991, Ministère de l'équipement, cité in *RFDA* 1992, p. 678 ; TA Nice 4 juillet 1991, Association de sauvegarde du site de Gassin, p. 1247 ; *LPA* 1991, n° 134, p. 15,

Certains de ces moyens bénéficient d'un régime juridique de faveur en raison de la gravité des vices qu'ils incriminent. Il s'agit des moyens d'ordre public.

§ 2 - LE PROBLÈME DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC.

Il n'est pas nécessaire de rappeler que le principal caractère des moyens d'ordre public est de pouvoir être soulevés d'office par le juge ou invoqués à toute époque par les parties. Ce second point a été précédemment abordé dans le cadre de l'étude des rapports entre la notion de cause juridique de l'exception d'illégalité et la catégorie des moyens d'ordre public⁷⁷³.

Il convient alors de ne traiter ici que le premier, c'est-à-dire les pouvoirs du juge lorsque l'acte qui lui est soumis est entaché d'une illégalité constitutive d'un moyen d'ordre public et non invoquée par les parties. Il conviendra ensuite de dresser la liste de ces moyens dans le cas de l'exception d'illégalité.

A - La mise en oeuvre des moyens d'ordre public.

La question des pouvoirs du juge quant à l'invocation des moyens d'ordre public peut se poser à deux niveaux. Elle concerne, d'une part, le juge de l'action - ce dernier peut-il soulever d'office le moyen de l'illégalité d'un acte administratif en jeu dans le litige principal ? - et, d'autre part, le juge de l'exception - celui-ci peut-il faire valoir un moyen d'ordre public non précisé dans le jugement de renvoi de la question préjudicielle ?

note Lamorlette ; CE 24 février 1993, Société d'affichage Giraudy, *DA* 1993, n° 151 ; CE 28 juillet 1993, SARL Linck, *DA* 1993, n° 541.

V. également pour l'utilisation de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation par les tribunaux judiciaires, Crim. 21 octobre 1987, *Bull Crim*, n° 362 ; *AJDA* 1988, p. 405, obs. Prétot ; *D* 1988, p. 58, note Kehrig ; *RCDIP* 1988, p. 291, note Lagarde ; Crim. 6 juin 1989, *Bull Crim*, n° 240 ; *GP* 1991, 2, p. 417, note Charlez ; Crim. 4 janvier 1991, *Bull Crim*, n° 8.

⁷⁷³ V. supra, Chapitre II, p. 405 et s.

Dans un cas comme dans l'autre, le problème est délicat.

1 - Devant le juge de l'action.

Par juge de l'action, il faut entendre ici aussi bien le juge du principal compétent pour statuer sur l'exception d'illégalité que le juge du principal incompétent à cet égard et contraint à renvoyer la question préjudicielle.

Il peut alors s'agir du juge administratif comme du juge judiciaire.

a - Devant le juge administratif.

Le juge administratif de l'action a compétence pour statuer sur l'exception d'illégalité des actes administratifs. Il a été précédemment constaté⁷⁷⁴ qu'il est tenu de soulever d'office les moyens d'ordre public viciant aussi bien l'acte attaqué devant lui que ceux sur le fondement desquels il est intervenu. Les moyens d'ordre public jouent alors au second degré, puisque le vice peut ne se retrouver que sous une autre forme dans l'acte objet du recours principal⁷⁷⁵.

La solution n'en est pas moins correcte, comme l'expliquait jadis un commissaire du gouvernement aux membres du Conseil d'État : "vous devez soulever ce moyen d'office, car vous ne pourriez rejeter la requête sans faire vous même application de ce texte illégal"⁷⁷⁶.

Ce faisant, le juge peut être amené, fait remarquable, non pas seulement à soulever le bon moyen à l'appui d'une exception d'illégalité invoquée par une partie, mais à faire lui-même apparaître cette exception d'illégalité. Il s'agit là d'une

⁷⁷⁴ Ibid.

⁷⁷⁵ Sur les modalités de transformation des vices de l'acte contesté par voie d'exception lors de leur contamination de l'acte attaqué au fond, v. supra Chapitre II, p. 420 et s.

⁷⁷⁶ M. Rougevin-Baville, concl. sur CE 19 juin 1970, Mahé, *RTDSS* 1970, p. 300.

conséquence naturelle et fréquente⁷⁷⁷ des pouvoirs qui lui sont reconnus pour sanctionner des illégalités d'ordre public.

b - Devant le juge judiciaire.

Le recours aux moyens d'ordre public, lorsque l'exception d'illégalité surgit devant le juge judiciaire de l'action, appelle des solutions différentes selon que le juge est pénal ou judiciaire.

α - Devant le juge répressif.

Les tribunaux répressifs ont désormais une totale compétence pour statuer sur les exceptions d'illégalité d'actes administratifs survenant au cours des procès⁷⁷⁸.

La question de leurs pouvoirs en cas de vice d'ordre public entachant ces actes se pose alors avec acuité. Peuvent-ils soulever d'office un tel moyen à l'appui de l'exception d'illégalité invoquée par le justiciable, voire soulever d'office eux-mêmes cette exception d'illégalité en raison de la présence d'un vice d'ordre public de l'acte en cause ? Toute illégalité de ce dernier est-elle un moyen d'ordre public pour le juge répressif ?

Ces questions étaient encore discutées en doctrine récemment⁷⁷⁹. La situation a, semble-t-il, évolué dans le sens de la plus large compétence du juge répressif.

Il convient à ce sujet de distinguer les pouvoirs des parties au procès pénal

⁷⁷⁷ V. notamment, CE Sect. 8 octobre 1965, Marfaing, p. 497, concl. Bertrand ; TA Dijon 3 mai 1967, Falzon, *AJDA* 1967, p. 410, obs. Vaucouloux ; CE 19 juin 1970, Mahé, préc ; CE 2 juillet 1971, Beigne, *AJDA* 1972, p. 177, obs. Landon ; CE 7 juillet 1978, Jonquères d'Oriola, *RDP* 1978, p. 546, concl. Rougevin-Baville ; CE Sect. 2 mars 1990, Commune de Boulazac, *RFDA* 1990, p. 621.

⁷⁷⁸ Sur cette récente omniconcompétence, v. supra Première Partie, Chapitre I, p. 102 et s.

⁷⁷⁹ V. J-H. Robert, note sous Crim. 28 février 1988, *RSC* 1989, p. 761.

de ceux du juge.

Depuis un important revirement opéré en 1993, l'exception d'illégalité est rangée parmi les exceptions préjudicielles dont l'article 386 du code de procédure pénale prévoit l'invocation avant toute défense au fond⁷⁸⁰.

Limitant les pouvoirs des parties pour invoquer des exceptions d'illégalité, la Chambre criminelle a parallèlement élargi ceux du juge en la matière. Initialement sa position était ambiguë affirmant tout à la fois le devoir du juge d'apprécier la légalité des actes administratifs pénalement sanctionnés mais admettant que leur analyse n'apparaisse pas dans la décision. Cela ressort d'un arrêt de 1972 : "le juge répressif a le devoir d'apprécier la légalité d'un acte administratif individuel dont la violation est pénalement sanctionnée ; toutefois, lorsque la légalité de l'acte administratif servant de base à la poursuite n'a pas été contestée devant eux, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas s'être spécialement expliqués sur ce point"⁷⁸¹.

L'incertitude a été levée par un discret arrêt du 30 octobre 1989 aux termes duquel "il appartient au juge de relever d'office, sans avoir à le soumettre à la discussion des parties tout moyen, qui est de nature à priver la poursuite de son fondement légal"⁷⁸². La solution est depuis appliquée par les juridictions inférieures⁷⁸³.

β - Devant le juge non répressif.

⁷⁸⁰ V. Crim. 18 janvier 1993, *D Pén* 1993, n° 171, obs. Maron ; Crim. 17 février 1993, *D Pén* 1993, n° 164, obs. Robert.

⁷⁸¹ Crim. 12 octobre 1972, *Bull Crim*, n° 287. V. également Crim. 10 octobre 1978, *Bull Crim*, n° 266 ; *D* 1979, IR, p. 37, obs. Puech : "lorsqu'un acte administratif individuel est assorti d'une sanction pénale qu'il leur est demandé de prononcer, les juges répressifs ont le devoir de s'assurer, spécialement quand elle est contestée, de la conformité de cet acte à la loi".

⁷⁸² Crim. 30 octobre 1989, *Bull Crim*, n° 387. V. également, par la suite, Crim. 1er février 1990, *Bull Crim*, n° 56.

⁷⁸³ V. Trib. Pol. Paris 29 septembre 1994, *GP* 7-8 décembre 1994, p. 20.

Deux logiques s'affrontent lorsque l'exception d'illégalité survient devant un juge non répressif, qui est, le plus souvent, incompetent pour y répondre.

La pure logique voudrait que le pouvoir de relever d'office toute exception d'illégalité lui soit reconnu. En effet, puisque toute question préjudicielle doit être nécessaire à la solution du litige, il serait aberrant de l'empêcher de la soulever spontanément : cela reviendrait à lui interdire de poursuivre l'examen du litige.

Ou bien le juge ne peut soulever d'office les questions préjudicielles mais alors il ne peut statuer au fond, ou bien ce pouvoir lui est reconnu et il peut statuer au fond, après avoir obtenu la réponse du juge administratif. Il serait illogique, au regard des conditions d'existence des questions préjudicielles, d'interdire au juge de les soulever d'office mais de le laisser par ailleurs mener sa mission juridictionnelle à son terme.

En outre, ne peut-on considérer l'exception d'illégalité comme relevant de l'article 12 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile selon lequel "le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables" ? Cette disposition qui s'interprète comme consacrant la faculté, voire l'obligation lorsqu'il s'agit de moyens de pur droit, pour le juge de soulever d'office les moyens de droit devant conduire à la solution, n'est-elle transposable au cas de l'exception d'illégalité d'un acte administratif ?

La rigueur juridique voudrait, en effet, que l'exception soit considérée comme un moyen de droit permettant au juge d'intervenir d'office en cas d'illégalité de l'acte en cause.

Trois objections peuvent être opposées à cette première position.

D'une part, au regard de la disposition précitée, toute illégalité de l'acte étant pertinente, le juge pourrait soulever lui-même l'exception d'illégalité indépendamment de tout moyen d'ordre public. Il y a là une situation d'autant plus dangereuse pour le juge que, l'exception étant un moyen de pur droit, il serait tenu de soulever d'office toute illégalité sous peine de voir sa décision censurée.

D'autre part, n'ayant le plus souvent pas compétence sur l'exception, il devrait invoquer lui-même celle-ci et renvoyer son examen au juge administratif par le biais d'une question préjudicielle. Or il peut sembler paradoxal d'admettre qu'un moyen, voire l'exception, puisse être soulevé d'office, sans qu'automatiquement l'illégalité en découle.

Enfin, accorder le droit de soulever d'office les exceptions d'illégalité au juge judiciaire serait par là-même lui en faire l'obligation. Cela pourrait alors justifier des censures en cas d'inaction. Une semblable évolution est-elle souhaitable au regard de l'immensité de la tâche qui incomberait au juge, par ailleurs peu armé pour affronter les subtilités, parfois byzantines, du droit administratif ?

Ces considérations paraissent avoir conduit la Cour de cassation à exclure du champ de l'article 12 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile le cas des exceptions d'illégalité. Elle marque, en effet, son attachement à l'exigence d'une critique de l'acte en cause par les parties. "En l'état de ces constatations et énonciations, la Cour d'appel qui, appliquant un acte administratif dont la validité n'était pas contestée n'avait pas à surseoir à statuer, a, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, ni aucun des textes visés au pourvoi, légalement justifié sa décision"⁷⁸⁴.

Force est cependant de relever l'absence de précédent jurisprudentiel en matière de moyens d'ordre public et la prise en considération par le juge civil, moins des exigences du nouveau code de procédure civile, que des incidences pratiques de la question.

2 - Devant le juge de l'exception.

Lorsque l'examen de la légalité de l'acte administratif visé par l'exception

⁷⁸⁴ Civ. 3ème 19 février 1974, *Bull Civ. III*, n°82.

échappe à la compétence du juge de l'action⁷⁸⁵, la question préjudicielle ainsi constituée est renvoyée au juge administratif. Les pouvoirs de ce dernier, relatifs à la censure des moyens d'ordre public, doivent alors obéir au principe de séparation des pouvoirs gouvernant les rapports du juge de l'action et du juge de l'exception. Ce principe a pour corollaire l'interdiction pour chacun d'eux de remettre en cause les appréciations de l'autre. Leurs relations sont ainsi caractérisées par une stricte compétence liée.

Ce trait se manifeste logiquement en matière de moyens d'ordre public. Le juge administratif, juge de l'exception, est lié par la formulation de la question préjudicielle qui lui est soumise : selon le contenu de celle-ci, il lui sera loisible ou interdit de soulever d'office des moyens d'ordre public entachant l'acte porté devant lui.

De ce fait, lorsque le juge de l'action s'est borné à lui renvoyer l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, le juge de l'exception est-il tenu de répondre au regard tant des moyens de légalité que des éventuels vices d'ordre public de l'acte en jeu. En effet, il n'épuiserait pas sa mission juridictionnelle s'il se bornait à repousser les arguments des parties et ne soulevait pas de lui-même, pour pallier leur carence, le moyen d'ordre public autorisant la déclaration d'illégalité.

Inversement, lorsque la question préjudicielle dont il est saisi sur renvoi porte très précisément sur la valeur des moyens avancés contre l'acte objet du recours en appréciation de légalité, il ne peut que trancher sur ces moyens, sans pouvoir, le cas échéant, leur substituer celui, d'ordre public, justifiant une déclaration d'illégalité.

Cette solution est indirectement exprimée par un arrêt Piquet de 1956. "Le Conseil d'État doit se borner à examiner ce moyen, dont l'appréciation constitue la seule question à lui renvoyée par l'autorité judiciaire ; par suite, le sieur Piquet n'est pas recevable à lui soumettre un autre moyen tiré de ce que ce même décret

⁷⁸⁵ Sur ces hypothèses, v. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 139 et s.

du 21 avril 1948 n'aurait pas tenu compte, pour le calcul des cotisations d'allocations familiales (...) du maximum fixé par l'article 31 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 en ce qui concerne les rémunérations servant de base au calcul des cotisations d'allocation familiales ; au surplus, la commission d'allocation familiales dont s'agit a, par son jugement du 7 mars 1952, expressément écarté ce dernier moyen"⁷⁸⁶. Certes le débat ne porte pas, en l'espèce, sur la faculté de soulever d'office un moyen d'ordre public, mais sur celle, pour le requérant, de compléter son argumentation. La transposition de la solution au premier cas est néanmoins autorisée par le raisonnement du Conseil d'État.

Ainsi s'explique l'affirmation d'un auteur selon lequel le juge de la question préjudicielle devra s'en tenir aux seuls moyens ayant fait l'objet du renvoi (...) sans pouvoir, le cas échéant, soulever d'office d'éventuels moyens d'ordre public non impliqués par la formulation de la question posée"⁷⁸⁷.

Tout dépend de la volonté du juge de l'action.

Restreignant le débat à un ou plusieurs vices déterminés de l'acte, il interdit tout zèle du juge de l'exception d'illégalité. Préférant un avis sur la légalité en général de cet acte, il l'autorise à invoquer des moyens d'ordre public, jusque là non précisés. Cette marge de manoeuvre reconnue au juge du fond pourrait d'ailleurs être utilisée par lui lorsque sa compétence, pour soulever d'office le moyen d'ordre public fondant la difficulté réelle et sérieuse, est douteuse. Il lui suffirait de renvoyer l'appréciation de la légalité de l'acte en laissant le soin au juge administratif et aux parties d'identifier le moyen d'ordre public.

Ils disposent pour cela de la panoplie classique de ces moyens.

⁷⁸⁶ CE Sect. 23 mars 1956, Piquet, p. 142. V. également CE 9 juillet 1954, Établissements Labro, p. 435 ; CE 21 février 1962, Chatam et Société fruit export, p. 1013 ; CE 13 février 1987, Cour d'appel d'Aix en Provence, DA 1987, n° 187.

⁷⁸⁷ J-F. Flauss, *Questions préjudicielles*, RDCA, n° 208.

B - Les moyens d'ordre public.

Leur principe étant admis, il est peu surprenant que la liste des moyens d'ordre public ouverts aux juges et aux parties en cas d'exception d'illégalité recouvre parfaitement celle établie dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

Les exemples sont nombreux en contentieux administratif puisqu'en ce domaine le juge administratif de l'action est aussi juge de l'exception. Rien ne s'oppose à ce qu'il soulève d'office des vices d'ordre public entachant les actes administratifs intervenant dans le litige.

L'incompétence⁷⁸⁸, la méconnaissance du champ d'application de la loi⁷⁸⁹, la rétroactivité d'un règlement⁷⁹⁰, l'inexistence juridique⁷⁹¹, la contrariété à l'autorité

⁷⁸⁸ V. CE 31 juillet 1948, Compagnie industrielle des pétroles de l'Afrique du Nord, p. 385 ; CE 23 janvier 1953, Courajoux, p. 31 ; CE 3 juillet 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur ; CE 24 octobre 1956, Ministre du budget c/ Société Dorchies et fils, p. 383 ; CE 25 janvier 1957, Keinde Seringe, p. 63 ; CE 14 décembre 1960, Sieur B, p. 703 ; CE 19 octobre 1962, Syndicat national autonome des personnels du conseil supérieur de la pêche, p. 554 ; CE 2 novembre 1962, Géraud, p. 587 ; CE 23 octobre 1964, Commissaire du gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Bordeaux, p. 487 ; CE 8 octobre 1965, Marfaing, p. 497, concl. Bertrand ; *AJDA* 1966, p. 156, chr. Puissochet et Lecat ; TA Dijon 3 mai 1967, Falzon, *AJDA* 1967, p. 410, obs. Vaucouloux ; CE 3 novembre 1967, Marailhac, p. 403 ; *AJDA* 1968, p. 415, note V.S. ; CE 19 juin 1970, Mahé, p. 416 ; *RTDSS* 1970, p. 300, concl. Rougevin-Baville ; CE 16 décembre 1970, Élections des délégués d'enseignement et de recherche à l'assemblée constitutive provisoire de l'université de Limoges, p. 25, concl. Théry ; CE 7 mai 1971, Rivière, p. 331 ; CE 28 mai 1971, Association des directeurs d'instituts et des centres universitaires d'études économiques régionales, p. 390 ; CE 2 juillet 1971, Beigne, p. 1160 ; *AJDA* 1972, obs. Landon ; CE Sect. 7 janvier 1972, Élections au conseil de l'UER de lettres de l'université de Limoges, p. 25, concl. Théry ; CE 25 janvier 1974, Duverger, p. 59 ; CE 16 janvier 1976, Dujardin, p. 44 ; CE 7 juillet 1978, Jonquères d'Oriola, *RDP* 1979, p. 546, concl. Rougevin-Baville ; CE 25 juillet 1986, Cadalen, *RJF* 1986, n° 989 ; CE 10 juin 1988, Département de l'Orne c/ Gandon, p. 233 ; CE 2 mars 1990, Commune de Boulazac, *RFDA* 1990, p. 621, concl. Abraham ; CAA Paris 10 avril 1990, CEMAGREF, p. 543 ; CE Ass. 8 mars 1991, Ministre de l'éducation nationale, *DA* 1991, n° 212 ; *RDP* 1992, p. 873, n° 9.

⁷⁸⁹ V. CE 6 juin 1958, Chambre de commerce d'Orléans, de Bourges, de Saumur et autres, *AJDA* 1958, p. 261, concl. Long ; CE Ass. 12 décembre 1969, de Talleyrand-Périgord, *AJDA* 1970, p. 34, concl. Kahn ; TA Rennes 22 mai 1974, Paoli, p. 707 ; CE 30 avril 1976, Lacorne, p. 224 ; CE Ass. 16 janvier 1981, Société varoise de transports, *AJDA* 1981, p. 599, concl. Bacquet ; CAA Paris 9 juillet 1991, Conseil supérieur de l'audiovisuel, p. 543.

⁷⁹⁰ V. CE Sect. 8 novembre 1968, Ministre des finances c/ Menez, p. 557 ; CE 5 février 1971, Mégard, p. 112 ; CE 11 juin 1971, Assistance publique à Paris c/ Duvoisin, *AJDA* 1972, p. 482, obs. Landon ; TA Clermont-Ferrand 17 octobre 1985, Arvis, *RFDA* 1986, p. 810.

⁷⁹¹ V. CE 5 mai 1971, Préfet de Paris et ministre de l'intérieur c/ Syndicat chrétien de la préfecture de la Seine, p. 323 ; CE Ass. 15 mai 1980, Maurice, *AJDA* 1982, p. 86, concl. Bacquet.

absolue de la chose jugée⁷⁹² ou la nullité d'un contrat⁷⁹³ ont ainsi été soulevées d'office par le juge.

L'identité des moyens, de droit commun ou d'ordre public, ouverts aux justiciables pour étayer une exception d'illégalité, avec ceux du recours pour excès de pouvoir témoigne de l'absence, prévisible, d'originalité de la contestation par voie d'exception. Il est pourtant un moyen de droit qui la distingue.

SECTION II - LE MOYEN DE LÉGALITÉ PARTICULIER : LE CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES.

La cause semble entendue. "D'après un principe général maintes fois rappelé par la jurisprudence, les circonstances ou les faits postérieurs à l'acte administratif n'exercent aucune influence sur la légalité de celui-ci qui s'apprécie à la date où il a été pris (...). La légalité d'une décision se cristallise, se fige, à la date où elle est prise, et doit, par suite, s'apprécier à cette date"⁷⁹⁴.

Le principe semble pourtant trop rigide, voire en contradiction avec le principe de légalité. En effet, "la légalité d'un règlement se juge par définition par rapport aux lois ; la survenance d'une législation nouvelle peut donc créer un régime juridique différent avec lequel le règlement ne cadre plus"⁷⁹⁵.

La spécificité de l'hypothèse en cause ne doit pas échapper. "Pour créer une situation juridique nouvelle, (...), la loi doit à la fois poser des principes nouveaux et imposer au pouvoir réglementaire l'obligation de les mettre en oeuvre

⁷⁹² V. CE 29 octobre 1948, de Lacours, p. 685 ; CE 22 mars 1961, Simonet, p. 211 ; CE 14 mai 1971, Ferreux, p. 363 ; CE 21 mars 1986, Kalck, *AJDA* 1986, p. 449, concl. Daël.

⁷⁹³ V. CE 26 mars 1965, Dame Veuve Moulinet, p. 209 ; CE 29 janvier 1982, Martin, p. 44.

⁷⁹⁴ Heumann, concl. sur CE 21 décembre 1956, Pin, *D* 1957, J, p. 431.

⁷⁹⁵ C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937, p. 173.

: la contradiction entre la réglementation en vigueur et le nouvel état du droit ne va pas jusqu'à entraîner une abrogation automatique ; elle est insuffisante pour rendre le règlement illégal par rapport à la nouvelle loi. Cette conjonction est évidemment exceptionnelle"⁷⁹⁶.

“Fondamentalement, cette [situation] introduit un nouveau moyen de légalité, afférent à l'application dans le temps d'un règlement : c'est le moyen tiré, non pas d'une illégalité proprement acquise avec le temps, du fait de la disparition des éléments qui justifiaient le règlement au départ. Plus que l'existence du règlement, c'est son maintien en vigueur effectif, la poursuite de son application, qui est constitutif de son illégalité”⁷⁹⁷.

Que faire alors ? Appliquer l'acte en raison de sa légalité initiale ou l'écarter du fait du changement intervenu postérieurement dans les circonstances juridiques ?

Le juge n'a pu refuser toute influence aux évolutions du contexte de l'acte qui lui est soumis ni, cependant, ignorer les limites de sa fonction.

Le champ d'application du moyen tiré du changement des circonstances est précisément défini. Il n'est pas propre à l'exception d'illégalité, mais la spécificité de celle-ci l'y rend plus fréquent. Sa mise en oeuvre obéit, par ailleurs, à des conditions relativement strictes.

§ I - LA SPÉCIFICITÉ RELATIVE DU MOYEN.

“Il faut (...) admettre (...) que le moyen tiré du changement de circonstances peut être invoqué à l'appui d'un recours en appréciation de légalité, et, plus

⁷⁹⁶ N. Questiaux, concl. sur CE Ass. Plen 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, *RDP* 1964, p. 459.

⁷⁹⁷ A. Bacquet, concl. sur CE Ass. 22 janvier 1982, *Ah Won et Butin*, *RDP* 1982, p. 823.

généralement par la voie de l'exception"⁷⁹⁸.

Ce n'est pas là, toutefois, son seul domaine. Un tel moyen peut parfois être accueilli dans le cadre de certains recours par voie d'action. Il est indéniablement plus fréquent en matière d'exception d'illégalité.

A - Le moyen dans le cadre des recours par voie d'action.

Les pouvoirs du juge de l'action déterminent la recevabilité devant lui du moyen en cause, en dehors de toute exception d'illégalité. Ses pouvoirs varient selon le type de contentieux, excès de pouvoir ou pleine juridiction.

1 - Le recours pour excès de pouvoir.

Il n'est pas inconcevable que dans la brève période du délai de recours, un acte devienne illégal en raison de la survenance, de très peu postérieure à son édicition, d'un nouvel élément le rendant désormais illégal. Est-il pour autant loisible à un éventuel requérant de formuler à l'encontre de l'acte un grief d'illégalité pour changement de circonstances ? Si le recours pour excès de pouvoir est, par hypothèse, toujours recevable, les pouvoirs reconnus à son juge interdisent d'accueillir le moyen.

En effet, le changement de circonstances, pour s'être produit dans le cadre du délai de recours, n'affecte pas pour autant la légalité initiale de l'acte. Celui-ci étant légal à l'origine, ne saurait être annulé, c'est-à-dire être censé n'avoir jamais existé, en raison d'un vice postérieur à son édicition. Il y a là une simple considération de bon sens.

La sanction ne peut être prononcée qu'à compter de l'apparition du vice. Cependant, une telle adaptation aux circonstances n'est pas dans les pouvoirs du

⁷⁹⁸ Ibid.

juge de l'excès de pouvoir. Annuler l'acte à partir du changement de circonstances reviendrait à l'abroger et ainsi à faire oeuvre d'administrateur.

Le juge de l'excès de pouvoir qui ne peut pas plus, en telle hypothèse, annuler l'acte, légal à l'origine, que l'abroger à compter de l'événement générateur de l'illégalité, est contraint de rejeter le moyen tiré du changement de circonstances comme irrecevable. Tel est le sens d'un arrêt Ville de Paris de 1992⁷⁹⁹.

2 - Le recours de plein contentieux.

Les pouvoirs du juge du plein contentieux sont, comme le signifie l'expression, les plus larges. "L'office ou, si l'on préfère, la mission du juge du plein contentieux est de remplacer les décisions dont il est saisi, et qui sont contestées à juste titre, par ses propres décisions qui se substitueront à celles qui étaient ainsi contestées. Le pouvoir de décider ainsi, de façon positive et comme le ferait un administrateur comporte un corollaire essentiel : pour apprécier ce que doit être sa décision, le juge se placera à la date même à laquelle il se prononce, prenant ainsi en considération les changements qui ont pu affecter l'état du droit et les données de fait"⁸⁰⁰.

Il est donc de la mission même du juge de pleine juridiction d'intégrer à son contrôle, la vérification de l'absence de changement de circonstances.

Le moyen ne peut pas, de ce fait, être réservé à l'exception d'illégalité, dans le cadre de laquelle il opère cependant principalement.

B - Le moyen dans le cadre de l'exception d'illégalité.

Lorsque le moyen tiré du changement de circonstances est invoqué à

⁷⁹⁹ V. CE Sect 16 novembre 1992, Ville de Paris, *AJDA* 1993, p. 54, concl. Legal ; *RFDA* 1993, p. 603, note Morand-Deville et Moreno.

⁸⁰⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n°172.

l'appui, non pas du recours contre un acte, mais à l'appui de l'exception d'illégalité d'un autre soulevée dans le cadre de ce recours, il est aisément recevable.

Il en est ainsi quelle que soit la nature du recours principal. La solution est certaine lorsqu'il s'agit d'un litige de plein contentieux. Elle n'est pas plus douteuse en cas de recours pour excès de pouvoir.

En effet, les obstacles tenant à la mission du juge de l'excès de pouvoir qui jouaient en cas d'action, disparaissent en matière d'exception d'illégalité. Celle-ci n'aboutit pas à une annulation mais à une déclaration d'illégalité qui peut n'être prononcée qu'à compter du changement de circonstances. Tout comme dans le plein contentieux, il est de la mission même du juge de l'exception d'illégalité d'intégrer à son contrôle, la vérification de l'absence de modification de l'ordre juridique.

Le principe de la recevabilité du moyen étant admis en matière d'exception d'illégalité, doivent alors être évoquées les hypothèses en cause. Il en existe deux. Le moyen peut apparaître à l'appui d'un recours contre un refus d'abroger un acte administratif ou à l'occasion d'une exception d'illégalité traditionnelle.

1 - Le contentieux de l'abrogation.

C'est par l'arrêt Despujol⁸⁰¹ que le Conseil d'État a admis pour la première fois explicitement qu'un administré pouvait attaquer le refus d'abroger, à sa demande, un règlement devenu illégal par suite d'un changement de circonstances de droit ou de fait. Il a été précédemment démontré que, contrairement à la présentation classique, la critique du règlement lui-même relevait du mécanisme de l'exception. Le recours est dirigé contre le seul refus d'abrogation.

“Dès l'origine, la contestation de la légalité d'un règlement par le moyen tiré

⁸⁰¹ V. CE 10 janvier 1930, Despujol, S 1930, 3, p. 41, note Alibert ; D 1930, 3, p. 16, note Josse.

du changement de circonstances est apparue strictement liée, en termes de procédure, à la présentation préalable à l'administration d'une demande d'abrogation dudit règlement : le rejet de cette demande, attaqué dans le délai par l'administré fait naître un litige nouveau et actuel qui fournit au juge, dans le respect formel des règles concernant la recevabilité, l'occasion de se prononcer sur la légalité du maintien en vigueur du règlement critiqué⁸⁰².

“La jurisprudence Despujol est donc un moyen offert à l'administré pour faire constater qu'un règlement est (...) devenu illégal parce qu'inconciliable avec une situation juridique nouvelle et du même coup, puisque l'administré a choisi la voie de l'action, obliger l'administration à le modifier ou à l'abroger. Mais l'obligation pour l'administration (...) n'est liée à cette constatation que parce que l'administré a choisi la voie de l'action en formant préalablement auprès de l'administration une demande en ce sens”⁸⁰³.

La jurisprudence Despujol a connu une descendance relativement importante⁸⁰⁴ en s'échappant de ses domaines de prédilection initiaux, la police⁸⁰⁵

⁸⁰² A. Bacquet, concl. préc.

⁸⁰³ F. Tiberghien et B. Lasserre, chr. sous CE Ass. 10 janvier 1982, Ah Won et Butin, *AJDA* 1982, p. 440.

⁸⁰⁴ V. CE 10 février 1933, Abbé Lefebvre, p. 180 ; CE 24 janvier 1934, Abbé Morcel, p. 108 ; CE 1er avril 1936, Syndicat des épiciers détaillants de Toulon, p. 435 ; CE 19 octobre 1938, Abbé Corbière, p. 772 ; CE 23 novembre 1938, Lemeune, p. 874 ; CE 12 février 1954, Société Roger Grima et Cie, p. 97 ; CE 16 octobre 1957, Union foraine jurassienne, p. 529 ; CE 3 octobre 1958, Caisse primaire de sécurité sociale de Haguenau, p. 471 ; CE 10 janvier 1964, Ministre de l'agriculture c/ Simonnet, *RDP* 1964, p. 182, concl. Braibant ; p. 455, note Waline ; *D* 1964, J, p. 234, J-M. Auby ; p. 414, note Touscoz ; *AJDA* 1964, p. 150, chr. Fourré et Puybasset ; *JCP* 1964, 13574, note Blaevoet ; CE 10 janvier 1964, Syndicat national des cadres des bibliothèques, p. 17 ; *S* 1964, p. 234, note J-M. Auby ; *JCP* 1964, II, 13574, note Blaevoet ; *RDP* 1964, p. 459, concl. Questiaux ; CE 8 janvier 1971, URSSAF des Alpes maritimes, p. 10, concl. Vught ; *AJDA* 1971, p. 161, note Ferrari ; CE 12 mai 1976, Leboucher et Tarandon, *CJEG* 1976, p. 167, note Virole ; *AJDA* 1976, p. 261, note Ceoara ; CE 29 février 1980, Union nationale des syndicats départementaux des bouchers et charcutiers CID-UNATI, p. 594 ; CE 30 janvier 1981, Ministre du travail c/ Société Afrique France Europe transaction, p. 32, concl. Hagelsteen ; *D* 1982, J, p. 37, note J-M. Auby ; *D* 1981, IR, p. 277, obs. P. Delvolvé ; TA Nice 27 avril 1982, Syndicat intercommunal de la Marana, *JCP* 1983, II, 19930, concl. Rouvière ; CE 30 juin 1982, Association auto défense, *RDP* 1983, p. 517 ; CE 26 avril 1985, Entreprise maritime Léon Vincent, p. 125 ; *RA* 1986, p. 45, note Pacteau ; CE 5 mai 1986, Fontanilles-Laurelli, p. 127 ; *AJDA* 1986, p. 510, concl. D. Latournerie ; CE 30 janvier 1987, Gestin, p. 22 ; CE 20 avril 1988, Conseil national de l'ordre des médecins, p. 146 ; CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid Nouraï, notes Dubouis et Beaud ; *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet ; *LPA* 1989, n° 149, note Derouin ; *RTDE* 1989, p. 509, note Vergès ; CE 26 juin 1989, Fédération des syndicats

et la détermination du jour de fermeture hebdomadaire des commerces⁸⁰⁶.

Sa célébrité ne doit cependant pas cacher l'antériorité de l'utilisation du moyen né du changement de circonstances dans le cadre d'exceptions d'illégalité traditionnelles.

2 - Les exceptions d'illégalité traditionnelles.

“Dans la présentation qui en est traditionnellement faite (...) le moyen tiré du changement des circonstances semble ne pouvoir être utilement soulevé que dans le cadre d'un contentieux né du refus d'abrogation d'un règlement”⁸⁰⁷.

Pourtant, “la liaison préalable du contentieux par une demande infructueuse d'abrogation n'est évidemment pas nécessaire si le moyen tiré du changement des circonstances est soulevé à l'appui d'une exception d'illégalité, opposée au maintien en vigueur d'un règlement dont la décision attaquée a fait application. C'est l'application même du règlement qui a lié le contentieux”⁸⁰⁸.

“Cette solution, non seulement s'inscrit dans le développement logique de la jurisprudence Despujol, mais (...) elle en est l'application la plus naturelle, la plus conforme à son inspiration initiale”⁸⁰⁹.

Malgré son exactitude, cette présentation de la jurisprudence doit être nuancée. Historiquement, la jurisprudence Despujol est seconde. Elle n'a pas marqué la naissance du moyen tiré du changement de circonstances.

généraux de l'éducation nationale et de la recherche, *AJDA* 1989, p. 725, note Prétot ; TA Toulouse 25 septembre 1990, Guarrigues, *JCP* 1991, IV, 244 ; CE 28 juillet 1993, Dupuy, *RFDA* 1993, p. 1030, n°12.

⁸⁰⁵ V. par exemple CE 25 janvier 1933, Abbé Coiffier, p. 100 ; CE Sect. 3 juin 1933, Lahure, p. 153 ; CE 24 juin 1934, Abbé Morel, p. 108.

⁸⁰⁶ V. par exemple CE 1er avril 1936, Syndicat des épiciers détaillants de Toulon, préc ; CE Sect. 23 mars 1943, Lemeune, préc ; CE 30 janvier 1981, Ministre du travail c/ Société Afrique France Europe transaction, préc.

⁸⁰⁷ A. Bacquet, concl. préc.

⁸⁰⁸ Ibid.

⁸⁰⁹ Ibid.

En effet, dès la fin du siècle dernier, il jouait dans divers contentieux et indépendamment d'une demande d'abrogation : le juge admettait qu'à l'appui du recours contre un acte déterminé, il soit excipé de l'illégalité, par suite de changements dans les circonstances, de l'acte sur lequel il se fondait. Il en était ainsi en matière de sectionnement électoral⁸¹⁰ ou de règlements de police⁸¹¹.

Toutefois, force est de reconnaître que la jurisprudence Despujol provoqua une éclipse de cette solution⁸¹² qui fut redécouverte en 1982 par l'arrêt *Ah Won et Butin*⁸¹³.

Ce n'est donc pas grâce à ce dernier que "quiconque soulève devant un juge, par voie d'exception, l'illégalité d'un règlement, pourra désormais faire valoir que le changement de circonstances a privé ce règlement de sa base légale"⁸¹⁴. Sa formulation en arrêt de principe mérite néanmoins citation : "la juridiction compétente pour statuer sur l'exception tirée de l'illégalité d'un règlement peut être invitée à rechercher, non seulement si ce règlement a été légalement pris, mais s'il était resté légalement en vigueur à la date à laquelle il en a été fait application ; il en est ainsi, soit que l'exception d'illégalité relève du juge de l'action, soit qu'elle ait fait l'objet d'une question préjudicielle".

Des développements précédents, plusieurs éléments transparaissent.

D'une part, le moyen tiré du changement de circonstances ne saurait être le

⁸¹⁰ V. notamment CE 20 mars 1897, Élections de Faugères, p. 247 ; CE 29 mai 1897, Élections de Nogaro, p. 44 ; CE 17 novembre 1899, Élections de Guise, p. 653 ; CE 25 janvier 1901, Élections de Mercus, p. 88 ; CE 13 février 1901, Élections de Maurac, p. 172 ; CE 6 novembre 1901, Élections de Vaux-Villaine, p. 46 ; CE 10 février 1905, Élections de Bernay, p. 143 ; CE 15 mars 1905, Élections de Caillac, p. 261 ; CE 10 mars 1909, Élections de Blaison, p. 262 ; CE 10 janvier 1913, Élections de Sancerre, p. 32.

⁸¹¹ V. notamment CE 20 mars 1925, Abbé Pouzineau, p. 288 ; CE 13 juillet 1928, Burgeat, S 1929, 3, p. 21 ; CE 26 janvier 1929, Abbé Retailleau, p. 108 ; *DP* 1929, 3, p. 55, note P-L. J. ; CE 1er mars 1929, Abbé Carletti, p. 254.

⁸¹² Marquée toutefois par une application isolée, v. CE 28 avril 1961, Di Nezza, p. 262.

⁸¹³ Préc. V. également pour une application par un juge criminel, *Riom* 21 février 1991, *JCP* 1991, II, 21746, obs. Bernard.

⁸¹⁴ A. Bacquet, concl. préc.

propre de l'exception d'illégalité. Elle le partage, en effet, avec le contentieux de pleine juridiction mais se distingue du recours par voie d'action pour excès de pouvoir qui ne saurait l'accueillir.

D'autre part, il est inexact de voir dans la jurisprudence Despujol un cas dans lequel, précisément, ce moyen joue par voie d'action dans le cadre d'un tel recours. En effet, outre que les obstacles précédemment décrits à sa mise en oeuvre s'y opposent radicalement, il a été démontré que cette jurisprudence se traduit non par une action contre l'acte litigieux mais par une exception d'illégalité contre lui, le recours étant dirigé contre le seul refus de l'abroger.

Le champ d'application du moyen né du changement de circonstances établi, ses conditions de mise en oeuvre en matière d'exception d'illégalité restent à préciser.

§ 2 - LA MISE EN OEUVRE DU MOYEN.

Faire valoir à l'appui d'une exception, l'illégalité de l'acte acquise par suite d'un changement de circonstances soulève deux questions principales. Quels actes peuvent faire l'objet d'une telle contestation ? Quel doit être le changement de circonstances susceptible de faire prospérer le moyen ?

A - Les actes susceptibles de devenir illégaux par suite d'un changement de circonstances.

A l'origine, seuls les actes réglementaires pouvaient être contestés sur le fondement d'un changement de circonstances, les actes non réglementaires étant soustraits à ce moyen de droit en raison de leur nature.

1 - Les règlements.

L'admission à l'appui de l'exception d'illégalité d'un règlement du moyen tiré de son illégalité par suite d'un changement de circonstances ne présentait pas de difficultés. En effet, d'une part, la recevabilité de l'exception d'un tel acte est considérée depuis longtemps comme perpétuelle, d'autre part, les qualités qui justifient ce dernier caractère, la permanence et l'absence de droits acquis créés, incitent précisément à reconnaître l'influence du temps sur sa légalité.

Etant susceptible, en théorie, d'une infinité d'applications et ne créant pas par lui-même de droits à son maintien, il est naturel que les éventuels changements dans les circonstances ayant conduit à son édicton soient susceptibles de faire prononcer son illégalité. Il serait intolérable qu'un règlement, légal *ab initio*, mais devenu incompatible avec le contexte normatif apparu postérieurement, continue, faute d'abrogation automatique, à être appliqué. Le moyen tiré du changement de circonstances ne pouvait donc qu'être très tôt admis par le juge⁸¹⁵.

La même solution était plus difficile à consacrer, compte tenu de la présentation classique de l'exception d'illégalité, pour les actes non réglementaires.

2 - Les actes non réglementaires.

Le principe du caractère temporaire de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires est un premier obstacle à l'admission, à l'appui d'une telle exception, du moyen tiré d'un changement de circonstances. Il paraît peu probable que dans les deux mois du délai de recours se produise un événement modifiant

⁸¹⁵ Pour des illustrations de la jurisprudence, v. les arrêts cités supra.

la légalité de l'acte.

Au surplus, dans les rares hypothèses de recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire définitif, les qualités de ce dernier s'opposent à l'invocation du moyen.

“Lorsqu'un acte particulier se trouve en contradiction avec un règlement ou une règle générale entrée en vigueur postérieurement à son émission, il ne devient pas pour autant illégal. En effet, la légalité d'un acte particulier s'apprécie en fonction des règles existant au moment où il est pris”⁸¹⁶.

Les justifications de ce dernier principe tiennent au caractère créateur de droits reconnu, en principe, aux actes non réglementaires. Ces droits, en devenant définitifs, sont opposables à l'administration et soustraits à tout examen de légalité et, *a fortiori*, à tout examen de l'évolution de leur légalité.

Cependant, la présentation ainsi faite classiquement ne tient pas compte, cela a été constaté⁸¹⁷, des mutations modernes du droit administratif. L'existence d'actes non réglementaires non créateurs de droits, qu'il s'agisse d'actes particuliers ou d'actes individuels, contraint à nuancer le principe susrappelé.

La légalité des actes non réglementaires non créateurs de droits doit pouvoir être remise en cause en fonction des éventuels changements dans les circonstances les ayant motivés. D'une part, parce que l'exception d'illégalité de tels actes devrait être normalement perpétuelle. D'autre part, parce que, comme les règlements, ils ne génèrent aucun droit à leur maintien.

C'est d'ailleurs en ce sens que s'est récemment prononcée la jurisprudence.

A l'égard des actes non réglementaires non créateurs de droits, elle a considéré “qu'il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les

⁸¹⁶ J-M. Auby, *L'abrogation des actes administratifs*, AJDA 1967, p. 133.

⁸¹⁷ V. supra, Chapitre II, p. 504 et s.

circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition”⁸¹⁸.

Quant aux actes non réglementaires créateurs de droits, “l’autorité compétente, saisie d’une demande tendant à l’abrogation ou au retrait d’une décision créatrice de droits illégale, ne peut légalement faire droit à cette demande que si le délai du recours contentieux n’est pas expiré”⁸¹⁹.

Ces arrêts consacrent ainsi la recevabilité du moyen tiré du changement des circonstances à l’appui de l’exception d’illégalité d’un acte non réglementaire et infirment la conception classique selon laquelle l’appréciation de la légalité de ces actes s’opère à leur date d’édiction uniquement. Conformément à la proposition formulée précédemment, ils témoignent de la tendance jurisprudentielle actuelle à lier explicitement la recevabilité de l’exception au caractère créateur de droits, ou non, de l’acte litigieux.

Quelles sont alors les chances de succès du moyen lorsqu’il est invoqué contre un acte non créateur de droits ?

B - Le changement de circonstances.

“Tout acte administratif est pris en fonction de circonstances multiples, de fait ou de droit, qui conditionnent de manière diverse son édicition”⁸²⁰. Il est alors prévisible que des changements intervenant ultérieurement dans ces circonstances aient une influence sur sa légalité.

1 - Le changement dans les circonstances de fait.

⁸¹⁸ CE 30 novembre 1990, Association les Verts, p. 339 ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. Honorat et Schwartz ; *RFDA* 1991, p. 571, concl. Pochard.

⁸¹⁹ CE 21 janvier 1991, Pain, p. 692.

⁸²⁰ J-M. Auby, *L’influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux*, *RDP* 1959, p. 431.

Des éléments matériels peuvent influencer de diverses manières sur la légalité d'un acte administratif. Ils peuvent d'abord conditionner l'émission de l'acte ou son contenu dans la mesure où, prévus par la règle de droit, ils en constituent le motif. Ces éléments étant nécessairement considérés pour apprécier la légalité de l'acte, leurs éventuelles transformations ne peuvent manquer de conséquences juridiques sur celle-ci.

Des éléments de fait peuvent également former le contexte ayant déterminé l'administration à prendre sa décision, sans pour autant figurer dans les textes applicables. La modification, voire la disparition, de ces circonstances de fait, ne peut rester sans influence sur la légalité de l'acte.

De la même manière, lorsque des circonstances exceptionnelles autorisent de considérer comme légal un acte contraire au principe de légalité, la disparition de ces circonstances constitue un événement rendant l'application ultérieure de l'acte illégale⁸²¹.

2 - Le changement dans les circonstances de droit.

“Les circonstances de droit existant lors de l'émission de l'acte doivent être entendues comme les différentes règles de droit, actes particuliers ou situations juridiques avec lesquels l'acte considéré comporte un lien”⁸²².

Les modifications du contexte juridique de l'acte litigieux peuvent avoir des répercussions négatives sur sa légalité. “Il en va ainsi en cas d'abrogation ou de modification du texte en application duquel avait été pris le règlement, ou encore lorsque l'intervention d'un texte nouveau ou la modification d'un texte préexistant placent le règlement en contradiction avec une règle de valeur juridique

⁸²¹ V. CE 16 avril 1948, Laugier, p. 161 ; CE 2 janvier 1955, Andriamiseza, p. 13 ; *RDP* 1955, p. 709, note Waline ; CE 13 juillet 1956, Loison, p. 355.

⁸²² J-M. Auby, art préc.

supérieure⁸²³.

Qu'il s'agisse de changements dans les circonstances de droit ou de fait, le juge considère néanmoins que dans les domaines économique⁸²⁴, fiscal⁸²⁵ ou, plus largement, "dans les matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait"⁸²⁶, il convenait d'éviter de leur faire produire des conséquences juridiques excessives.

En effet, "en matière économique, la conjoncture est particulièrement sensible et les changements de circonstances fréquents. Si l'on admettait l'obligation immédiate pour l'administration d'adapter ses règlements économiques aux circonstances nouvelles, il s'ensuivrait une instabilité des textes qui pourrait être fâcheuse"⁸²⁷. L'influence des mutations ne se fait donc sentir que dans des situations graves. Elle est "limitée au cas où le changement des circonstances dans lesquelles la disposition litigieuse trouvait sa base légale a revêtu, le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique"⁸²⁸.

L'examen au fond de l'exception d'illégalité n'est guère marqué au sceau de l'originalité. Le contrôle y reproduit exactement celui exercé dans le recours pour excès de pouvoir. Seule doit être notée la présence d'un moyen de droit remarquable, censurant le "défaut d'entretien normal des textes", selon

⁸²³ J-M. Auby, note sous CE Plén. 10 janvier 1964, Syndicat national des cadres des bibliothèques, S 1964, p. 234.

⁸²⁴ V. CE Plén. 10 janvier 1964, Ministre de l'agriculture c/ Simonnet, RDP 1964, p. 182, concl. Braibant ; AJDA 1964, p. 150, chr. Fourré et Puybasset ; S 1964, J, p. 234, note J-M. Auby.

⁸²⁵ V. CE 30 janvier 1987, Gestin, p. 22.

⁸²⁶ V. CE 26 avril 1985, Entreprises maritimes Léon Vincent, p. 125 ; LPA 30 juillet 1986, note Moderne ; RA 1986, p. 46, note Pacteau. V. également, CE 23 mars 1994, Aymé Jouve, RFDA 1994, p. 618, n°4.

⁸²⁷ J-M. Auby, note préc.

⁸²⁸ CE Plén. 10 janvier 1964, Ministre de l'agriculture c/ Simonnet, préc.

l'expression imagée d'un commissaire du gouvernement⁸²⁹.

⁸²⁹ V. D. Latournerie, concl. sur CE Sect. 5 mai 1986, Fontanilles-Laurelli, *AJDA* 1986, p. 510.

Ainsi s'achève l'office du juge en matière d'exception d'illégalité. Ces deux premières parties ont fait ressortir, combien était long le chemin conduisant à la décision sur le fond. La légalité d'un acte administratif ne peut être examinée, fût-ce par voie d'exception, que dans le respect des règles de répartition des compétences juridictionnelles et, plus largement, dans le cadre du principe de séparation des pouvoirs. La tâche peut ainsi échouer au juge civil, rarement, au juge pénal, plus fréquemment, au juge administratif, le plus souvent.

Les conditions de mise en oeuvre de l'exception varieront, de ce fait, selon le juge compétent. Cependant, des exigences communes se manifestent, comme l'examen primordial des conditions d'opérance de l'exception, qui autorise, en cas de réponse positive, l'étude de sa recevabilité, notamment au regard des règles de délai.

A cet égard, la jurisprudence traditionnelle qui distingue entre la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité des règlements et la recevabilité temporaire de celle des actes non réglementaires, semble reposer sur une conception dépassée de la classification des actes administratifs. Seul le critère des droits créés par l'acte est apparu pertinent, comme l'admet d'ailleurs une jurisprudence contemporaine de plus en plus précise.

Ayant déterminé sa compétence puis l'opérance et la recevabilité de l'exception d'illégalité, le juge de l'action cède la place au juge de l'exception. Ce dernier se livre enfin à l'étude du fond du droit, répond à l'interrogation des plaideurs. Il revient alors au juge de l'action de trancher en conséquence le litige principal, qu'il s'agisse d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux.

Sa mission accomplie, le droit étant dit, le juge ne peut, cependant, rester indifférent à la portée de sa décision. Une déclaration d'illégalité, comme le rejet du moyen, s'insère dans le *corpus* juridique. Il reste à déterminer de quelle façon.

TROISIÈME PARTIE

LA PORTÉE

DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ

L'exception d'illégalité crée un débat incident à un litige principal soumis à un juge. Elle en conditionne la solution puisque pour satisfaire à la condition d'opérance, elle doit être utile et nécessaire. L'appréciation portée par le juge sur sa valeur n'est, dès lors, pas dépourvue de conséquences sur l'affaire qu'il lui incombe de trancher.

Plus largement, l'exception d'illégalité, par la prise de position qu'elle autorise sur la légalité d'un acte inséré dans l'ordonnancement juridique, déborde du cadre étroit dans lequel elle s'inscrit matériellement. Ses conséquences sur cet ordonnancement ne sauraient être négligées.

Cela étant, une différence d'impact sur le litige et sur le corpus juridique, se constate suivant que l'exception, opérante et recevable, est reconnue fondée ou, au contraire, est rejetée comme infondée. Bien qu'indispensable à la solution du litige, parce qu'une réponse positive à son égard aurait suffi à emporter décision,

l'exception d'illégalité, lorsqu'elle ne conduit pas à une déclaration d'illégalité, est, le plus souvent, dépourvue d'incidences juridiques.

Certes, dans quelques hypothèses particulières le rejet aura, du moins quant à l'issue du dossier, une incidence concrète. Il en est ainsi notamment lorsqu'est demandée au juge l'annulation du retrait d'un acte créateur de droits : du constat de la légalité de ce dernier découlera l'annulation de son retrait. Il n'en reste pas moins que ses effets sont limités au recours principal, puisque le constat de la légalité de l'acte retiré n'affecte l'ordonnancement juridique que dans la faible mesure où sa place y est confirmée... Encore n'est-ce là qu'une hypothèse marginale. L'immense majorité des rejets d'exceptions d'illégalité est sans portée pratique.

Le choix de limiter l'étude de la portée de la décision concluant l'exception d'illégalité au seul cas de la déclaration d'illégalité en est, de ce fait, pleinement justifié. La situation y est infiniment plus intéressante.

Lorsque le juge estime l'acte illégal, il traduit matériellement son opinion par ce qu'il est convenu d'appeler une déclaration d'illégalité. Cette expression permet de distinguer l'issue de l'exception de celle d'un recours par voie d'action qui se concrétise par une annulation de l'acte. Elle manifeste *a priori* l'existence d'une différence entre les deux voies.

Le juge lui-même l'utilise comme en témoigne la formulation des jugements rendus à la suite de recours en appréciation de légalité sur renvoi des juridictions judiciaires. Le dispositif y est fort clair : "il est déclaré que l'acte est entaché d'illégalité". Il se peut même qu'une décision de rejet soit rédigée en termes similaires, l'acte étant déclaré avoir été légalement édicté¹.

Lorsque l'exception d'illégalité forme une question préalable, et non préjudicielle, la même technique est utilisée : la réussite de l'exception se traduit

¹ V. CE 2 mai 1947, Société Ratié, p. 172.

par un constat, une déclaration de l'illégalité de l'acte en cause. Elle n'est, par ailleurs, pas dépourvue de toute incidence matérielle.

Quant à la solution du litige au fond, la déclaration d'illégalité produit des effets le plus souvent immédiats : elle emporte, par elle-même, la décision. Cela se produit, notamment, lorsque le recours principal est dirigé contre un acte d'application de celui qui est déclaré illégal : l'annulation du premier fait suite aux vices du second.

Parfois, cependant, la déclaration d'illégalité, tout en étant nécessaire au recours au fond, permet simplement d'écarter l'acte en cause des débats. Le juge doit alors identifier une nouvelle base juridique sur laquelle asseoir son raisonnement.

Dans un cas comme dans l'autre, est posée la question du sort de l'acte déclaré illégal.

Cette première interrogation en provoque une seconde. La déclaration d'illégalité, en jetant l'opprobre sur un acte administratif, le condamne-t-elle définitivement ? S'impose-t-elle à tout litige futur dans lequel il intervient ? Est alors en jeu l'autorité de la chose jugée par voie d'exception.

L'enjeu de l'examen est évident. Suivant l'appréciation portée sur ces deux points, la déclaration d'illégalité se distinguera ou s'identifiera avec l'annulation prononcée par le juge de l'action. L'éventuelle originalité de l'exception au sein des instruments du respect du principe de légalité est, une fois encore, en jeu.

Or l'annulation d'un acte administratif par son juge se caractérise classiquement par ses effets hors du commun. Elle le fait disparaître de l'ordonnancement juridique, non pas seulement pour l'avenir, comme le ferait une simple abrogation, mais également pour le passé. Tout se passe comme s'il n'existait plus.

Le juge administratif l'affirme sans ambages en matière de recours pour

excès de pouvoir : “les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n’être jamais intervenus”². Dès lors, aucune de leurs conséquences concrètes ne peut être sanctionnée par un juge. Ainsi les tribunaux répressifs doivent logiquement relaxer les particuliers poursuivis pour infraction à un règlement annulé³.

Apparaît alors implicitement le second caractère de l’annulation : elle est dotée d’une autorité absolue de chose jugée. Un acte ne peut disparaître à l’égard des uns et subsister intact à l’égard des autres.

L’annulation ne saurait être pourvue d’une autorité relative. “Le caractère institutionnel, organique du recours pour excès de pouvoir exige que la décision rendue soit une et indivisible. Le requérant n’a d’autre rôle que de déclencher le mécanisme qui aboutira à une annulation : celle-ci, une fois prononcée, est détachée du requérant et tombe pour ainsi dire dans le domaine public”⁴.

De ces deux traits essentiels, l’annulation tire une puissance incomparable. “L’annulation pour excès de pouvoir est comme une coulée de lave qui renverse tous les obstacles sur son passage : les barrières les plus solidement établies par une longue tradition constitutionnelle s’écroulent devant la puissance d’expansion, devant “l’impérialisme” de l’annulation pour excès de pouvoir. L’indépendance de l’administration active à l’égard du juge, même administratif, subit les plus grandes restrictions. L’indépendance des deux ordres juridictionnels cède le pas à l’obligation, pour le juge judiciaire, d’adopter la position prise, sur la légalité de l’acte administratif en cause, par le juge administratif, juge naturel de cette

² CE Plén. 10 décembre 1954, *Cru et autres*, *D* 1955, J, p. 198, concl. Jacomet, et p. 201, note Weil. V. également, CE 26 décembre 1925, *Rodière*, p. 1065 ; CE 26 décembre 1930, *Naudascher*, p. 1112 ; CE 13 juillet 1963, *Syndicat national des ingénieurs conseils inspecteurs du contrôle de la prévention et assimilés*, p. 429 ; *D* Soc 1963, p. 629, concl. Nicolaÿ.

³ V. Crim. 9 avril 1868, *D* 1869, I, p. 534 ; Crim. 14 novembre 1868, *DP* 1869, I, p. 382 ; Crim. 25 mars 1882, *D* 1882, I, p. 486 ; Crim. 4 mars 1921, *Bull Crim*, n° 130 ; Crim. 25 février 1937, *Bull Crim*, n° 515 ; Crim. 18 mai 1954, *Bull Crim*, n° 185 ; Crim. 6 février 1989, *Bull Crim*, n° 47.

⁴ P. Weil, *Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952, p. 89.

légalité”⁵.

La déclaration d’illégalité d’un acte administratif est-elle dotée des mêmes effets ? Équivaut-elle à une disparition de l’acte qui en est l’objet ? Son autorité dépasse-t-elle le seul litige qui l’a provoquée ?

Une réponse positive à la première interrogation en implique une semblable pour la seconde. Mais rien n’interdit, *a priori*, que malgré son absence d’effet sur l’acte, la déclaration d’illégalité ne soit cependant dotée d’une autorité absolue.

En d’autres termes, la liaison entre effets sur l’acte et effets sur les tiers n’étant pas univoque, l’étude de la portée de la déclaration d’illégalité se dédouble logiquement : ses effets sur l’ordonnancement juridique se distinguent de son autorité.

PLAN :

CHAPITRE PREMIER - LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D’ILLÉGALITÉ SUR L’ORDONNANCEMENT JURIDIQUE.

CHAPITRE SECOND - L’AUTORITÉ DE LA DÉCLARATION D’ILLÉGALITÉ.

⁵ Ibid, p. 132.

⁶ G. Peiser, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d’État de l’exception d’illégalité d’un acte administratif par voie d’exception*, Mélanges Auby, p. 277.

CHAPITRE PREMIER

LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ SUR L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE

Observer les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique, c'est d'abord rechercher les effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte qui en est l'objet. Vaut-elle annulation et le fait-elle disparaître de l'ordonnancement juridique rétroactivement ? Ou ses particularismes structurels dictent-ils des conséquences spécifiques ?

“Ce problème, en vérité le plus aigu, n'a été soulevé que récemment”⁶. Il divise la doctrine quant à l'assimilation de la déclaration d'illégalité à une annulation.

Puisqu'est en cause une éventuelle similitude entre les incidences sur l'acte administratif concerné de ces deux appréciations juridictionnelles, il importe,

préalablement de comparer leurs effets.

Dans les deux cas, le juge procède manifestement à un constat de l'illégalité de l'acte litigieux. Cette illégalité est, hors le cas marginal de la théorie de l'illégalité par suite d'un changement de circonstances, constatée *ab initio*. Elle est rétroactivement établie. Mais cette rétroactivité ne suffit pas à établir l'identité entre l'annulation et la déclaration d'illégalité. "Le caractère rétroactif des effets d'une déclaration d'invalidité n'a pas pour conséquence de l'assimiler à une annulation ; simplement, le juge national est autorisé à donner un effet rétroactif à l'inopposabilité de l'acte qui devient inapplicable rétroactivement à la situation juridique qui fait l'objet du litige"⁷.

En effet, du constat initial de l'illégalité, diverses décisions juridictionnelles peuvent découler, selon le type de recours et la demande soumise au juge. Ce dernier "en un premier temps et face à une illégalité se borne à la constater. Il peut ensuite refuser de l'appliquer au cas d'espèce, enfin le faire disparaître de l'ordonnancement juridique ou, parfois, en réparer les conséquences"⁸.

Selon la présentation classique, dans le cas d'une déclaration d'illégalité "c'est une appréciation qui est formulée, ce n'est pas une annulation qui est prononcée"⁹.

"Statuer sur l'exception d'illégalité constitue assurément un acte juridictionnel puisqu'il y a contestation sur la légalité d'un acte. Or, si l'acte est illégal, la constatation de l'illégalité et de la non-valeur de l'acte est formulée simplement en vue d'établir que l'acte ne doit pas recevoir d'application dans l'affaire en cause. Il ne s'agit pas de prononcer son annulation... On est en présence d'un acte juridictionnel sans décision et qui ne comporte qu'une

⁷ R. Kovar, *Cour de Justice, Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité, effet des arrêts préjudiciels de la Cour de Justice*, JCE, Fasc. 362.

⁸ H. Labayle, *La Cour de justice des communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité*, RTDE 1982, p. 484.

⁹ Bourdon, rapp. sur Crim 4 décembre 1930, Abbé Gautrand, *D* 1931, I, p. 33.

constatation”¹⁰.

Si les différences procédurales opposant annulation et déclaration d’illégalité peuvent influencer sur la portée de ces deux décisions quant au sort de l’acte, il est nécessaire de le démontrer.

D’autant plus qu’existent d’autres convergences entre elles. Une illégalité constatée par un juge, ne peut, quelle que soit sa forme, rester sans lendemain : l’administration est tenue désormais de ne plus appliquer l’acte qui en est entaché.

Certes, il est possible de rattacher cette obligation à des fondements distincts. A la suite de son annulation par le juge administratif, l’acte ne doit plus être mis en oeuvre pour assurer le respect de l’autorité absolue de la chose jugée qui s’attache à cette condamnation. C’est, plus largement, le principe selon lequel l’administration doit s’abstenir d’appliquer un règlement illégal qui paralyse les effets de l’acte déclaré illégal. Le principe a été posé par le fameux arrêt Ponard : “il incombe à l’autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal”¹¹ et son respect est constant¹².

Deux précisions sont à apporter.

D’une part, le respect dû aux droits acquis limite le champ d’application du principe aux actes réglementaires, seuls à ne pas créer de tels droits aux yeux du juge administratif. L’administration ne peut donc refuser de donner ses pleins effets à un acte individuel définitif en arguant de son illégalité. Cette exception

¹⁰ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l’Administration*, p. 83.

¹¹ CE Sect. 14 décembre 1958, p. 554.

¹² V. pour des applications antérieures, CE 1er février 1851, Richard de Vesvrottes, p. 81 ; CE 16 mai 1884, Commune de Mustapha, p. 379 ; CE 27 octobre 1900, Élections syndicales, p. 584 ; CE 1er mai 1936, Heuet, p. 489 ; CE 30 juin 1939, Société clermontoise des alcools dénaturés, p. 439. V. pour des applications postérieures, CE 8 janvier 1960, Laiterie Saint Cyprien, p. 10 ; CE 7 mars 1962, Claustre-Fourquet, p. 151 ; CE 6 novembre 1968, SA Olida, p. 550 ; CE 30 juin 1971, Dame veuve Brault, p. 494 ; CE 15 décembre 1971, Société Sogestran , p. 777 ; CE 20 juin 1973, Chevrel, p. 420 ; CE 9 juillet 1975, Blondeau, p. 419 ; TA Paris 18 décembre 1975, Société Géo, p. 784 ; CE 22 octobre 1976, Dame Le Cherruyer, p. 439 ; CE 13 mars 1990, Commune de la Ciotat, p. 421.

d'illégalité sera irrecevable¹³.

D'autre part, l'administration peut, à ses risques et périls, persister dans l'utilisation de l'acte déclaré illégal. Dès lors qu'un recours n'est pas exercé, ses décisions s'appliqueront et devront être respectées. "Cette situation [est] absurde pour tout esprit juridique cohérent et rationnel. On ne peut, sans heurter le bon sens pratique reconnaître à un juge la capacité de censurer, par voie d'exception certes, un règlement qu'il estime manifestement illégal, et permettre à ce dernier de produire des effets, censurés ou non, à la faveur de recours juridictionnels hypothétiques"¹⁴.

Cette restriction aux effets du principe de non-application des règlements illégaux a, toutefois, son pendant en cas d'annulation. L'application d'un acte annulé par le juge, si elle constitue une illégalité ne rend pas la décision de l'administration inexistante. De ce fait, en l'absence de recours exercé dans les délais, l'acte d'application doit être respecté. Cela constitue une évidente atteinte au principe de disparition de l'acte annulé. Il est, en théorie, réputé n'être jamais intervenu, mais peut donner lieu à des applications devenant incontestables par le seul écoulement des délais de recours. Cette conséquence aberrante est malheureusement inévitable : considérer comme inexistants, les actes pris en application d'un acte annulé et disparu rétroactivement, conduirait à remettre en cause tant les actes postérieurs que les actes antérieurs à l'annulation. Or, il est délicat de qualifier ainsi des décisions prises sur le fondement d'un acte qui, à l'époque, était tenu pour légal.

Des similitudes unissent donc l'annulation et la déclaration d'illégalité. L'une comme l'autre procèdent d'un constat d'illégalité d'un acte et ont pour

¹³ V. par exemple, CE 20 mai 1949, Mélamède, p. 735 ; CE 22 mars 1968, Moreau, p. 204. V. également un arrêt où la même solution prévaut alors que l'acte créateur de droits n'est pas définitif faute de publication, CE 18 mai 1973, Ville de Cayenne, p. 359 ; *AJDA* 1973, p. 538, note Ferrari.

¹⁴ D. Boutet, *Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité*, *RDJ* 1990, p. 1735.

conséquence l'interdiction de l'appliquer. Cependant, les fondements de cette interdiction diffèrent.

En cas d'annulation, elle est imposée par la disparition rétroactive de l'acte : ce dernier est réputé n'être jamais intervenu. Il ne saurait dorénavant être appliqué sans heurter l'autorité de la chose jugée. Plus grave encore, sa disparition *ab initio* replace automatiquement l'administration, le juge et les particuliers, dans la situation juridique qui existait avant son édicton.

“L'annulation ainsi défait, mais elle refait aussi”¹⁵. Elle “produit un effet *erga omnes* et l'acte annulé est réputé n'être jamais intervenu (...). Il en découle “mécaniquement” que la disparition rétroactive du règlement annulé fait revivre l'ordonnement juridique antérieur”¹⁶.

“Par son essence, l'annulation est tournée vers le passé. Elle rétablit l'état du droit qui existait l'instant précédent celui où l'acte annulé a été pris (...). On peut donc dire que l'annulation a un effet simplement déclaratif ou récognitif, puisqu'elle vise essentiellement à déclarer maintenu ce qui était avant la confection de l'acte annulé”¹⁷.

Tel est bien le sens de la jurisprudence. L'annulation d'un acte en abrogeant un autre, permet à ce dernier de s'appliquer à nouveau. “Si les articles 2 et 16 du décret du 24 décembre 1963 ont été abrogés par l'article 1er d'un décret du 23 février 1972 et remplacés par d'autres dispositions, le décret du 23 février 1972 a lui-même été annulé par le Conseil d'État par une décision du 17 mai 1974 ; par suite, le décret du 24 décembre 1963 modifié par le décret du 23 juillet 1965 n'a pas cessé d'être légalement en vigueur”¹⁸. La formule retenue confirme

¹⁵ B. Pacteau, note sous CE Sect. 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais* (Assaupamar), LPA 9 janvier 1991, p. 17.

¹⁶ J-P. Granier, *Les incidences du contrôle juridictionnel des plans d'occupation des sols sur la validité des permis de construire*, JCP 1988, I, 3358.

¹⁷ P. Weil, op. cit.

¹⁸ CE 13 octobre 1976, *Fédération autonome de l'aviation civile*, p. 405. V. par ailleurs, CE 13 juillet 1963, *Syndicat national des ingénieurs conseils inspecteurs du contrôle de la prévention*, p. 429 ; *D Soc* 1963, p. 629, concl. Nicolaÿ ; CE 12 mai 1967, *De Corbier*, p. 211 ; *RA* 1967, p. 168,

nettement le caractère purement déclaratif, et non constitutif, de l'annulation. Le résultat est, en fait, similaire à celui d'un retrait.

Une déclaration d'illégalité d'un acte administratif produit-elle les mêmes effets ?

La question n'est pas inopportune. Certes, seule importe à la partie qui invoque ce moyen, la mise à l'écart de l'acte dans un litige qui ne porte pas, au principal, sur son existence. Il semble inutile de donner à la déclaration d'illégalité l'incidence d'une annulation. Cela ne résout pas pour autant la difficulté. "Comme la jurisprudence a consacré l'obligation de ne faire application que d'un texte légal à l'encontre de l'administration, cette dernière se verra ainsi privée de la possibilité d'appliquer toute règle de droit jusqu'à l'édiction d'une norme nouvelle légalement prise"¹⁹. Que faire alors ?

La détermination des effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte en cause est inévitable : l'administration devant disposer d'un texte mais privée du plus récent, doit-elle considérer que la déclaration d'illégalité, comme l'annulation, fait revivre le droit antérieur ?

"Considérer que l'acte invalidé demeure ou bien disparaît de l'ordonnancement juridique (comme un acte annulé) s'avère déterminant notamment dans l'hypothèse où l'acte invalidé aurait été abrogatif de dispositions antérieures, susceptibles de renaître dans la seconde hypothèse"²⁰.

Cette première interrogation quant aux effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte est la plus immédiate. Elle n'est pas unique.

"Il est certes, incontesté que la déclaration d'illégalité, de la même manière que l'annulation, rend un règlement inapplicable, inopposable et invocable. Il est

concl. Braibant ; CE Ass. 15 février 1980, Association pour la défense du site du vieux Pornichet, *JCP* 1980, II, 19375, concl. Genevois ; *AJDA* 1980, p. 291, chr. Robineau et Feffer.

¹⁹ D. Boutet, art. préc.

²⁰ H. Labayle, art. préc.

plus incertain de savoir quelle légalité alors revit, à la fois d'ailleurs pour déterminer la légalité des actes pris sous l'empire de la réglementation invalidée et pour encadrer les actes futurs dans l'attente d'une nouvelle et hypothétique réglementation²¹.

Ce n'est donc pas seulement pour le futur qu'il convient de s'intéresser au sort de l'acte déclaré illégal. Sa disparition ou son maintien en vigueur décide du sort du litige au cours duquel l'exception est apparue. "Si le juge, par voie d'exception, déclare le règlement illégal et ne l'applique pas en l'espèce, quel texte doit-il appliquer ?"²².

La déclaration d'illégalité, en écartant du débat un acte, autorise-t-elle le juge à se tourner vers le droit antérieur et à examiner la conformité de l'acte qui lui est soumis au principal au regard de ce droit ressuscité ? En d'autres termes, la déclaration d'illégalité fait-elle disparaître l'acte au profit de son prédécesseur ?

La question est d'importance. Elle décide du sort du litige. Soit la déclaration d'illégalité suffit et permet l'annulation de l'acte d'application ou consubstantiel, soit elle est considérée comme déplaçant le débat en direction du droit précédent. Le juge peut alors annuler l'acte attaqué pour contrariété à ce "nouveau" *corpus* juridique ou, au contraire, rejeter le recours en opérant une substitution de base légale.

Tels sont les enjeux du sort de l'acte déclaré illégal et, plus généralement, des effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique. La déclaration d'illégalité, comme l'annulation, permet-elle d'apprécier le litige au regard du droit antérieur et oblige-t-elle l'administration à n'appliquer désormais que celui-ci ? Ou borne-t-elle ses effets à une mise à l'écart occasionnelle de l'acte, complétée, en vertu de la jurisprudence Ponard, par une interdiction

²¹ B. Pacteau, note préc.

²² G. Peiser, art. préc.

d'application future ?

Pour tenter de répondre simplement au débat, il convient d'étudier tour à tour ces deux questions. Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte qui déterminent largement ses effets sur le droit désormais applicable, appellent un examen préalable.

SECTION I - LES EFFETS SUR L'ACTE DÉCLARÉ ILLÉGAL.

Malgré les similitudes précédemment décrites qui les unissent, la déclaration d'illégalité et l'annulation ne sauraient être assimilées. Portant une même appréciation rétroactive sur la légalité de l'acte et impliquant qu'il ne soit pas appliqué, elles ne produisent pas, à son égard, les mêmes effets. L'acte déclaré illégal n'est pas annulé. Il ne disparaît pas mais est seulement inapplicable en l'espèce.

§ 1 - LA NON DISPARITION DE L'ACTE.

Il importe désormais de considérer, non plus ce qui unit, mais ce qui distingue déclaration d'illégalité et annulation. Des obstacles insurmontables interdisent de donner à la première le principal effet de la seconde, la disparition de l'acte.

“Des différences fondamentales existent entre le mécanisme du recours pour excès de pouvoir et celui de l'exception d'illégalité qui s'opposent à l'unification des effets qui en résultent”²³.

Faire disparaître l'acte déclaré illégal serait outrepasser ce qui est demandé au juge, et, plus encore, ce qui peut lui être demandé.

²³ D. Boutet, art préc.

A - La disparition n'est pas demandée.

Qu'elle soit invoquée par le demandeur à l'appui de son recours ou par le défendeur pour en obtenir le rejet, l'exception d'illégalité est toujours un débat incident à l'action.

Seule importe l'issue de cette dernière. Ainsi, en cas de recours pour excès de pouvoir ou de plein contentieux objectif, une disparition est bien recherchée mais seulement celle de l'acte visé au principal. Pareillement, en cas de recours de plein contentieux subjectif, si une annulation est poursuivie, il s'agit seulement de celle de la décision de refus d'indemniser le préjudice né de l'illégalité de l'acte dont il est excipé. Cette annulation justifie le prononcé de dommages-intérêts.

En toute hypothèse, l'exception d'illégalité ne constitue qu'un moyen parmi d'autres à l'appui du recours. Son objet n'est pas de conduire à l'annulation de l'acte en cause mais d'influer, positivement ou négativement, sur le sort de l'action. Dès lors, il suffit aux plaideurs que l'éventuelle déclaration d'illégalité borne ses effets à cela. Son annulation leur est indifférente au regard de l'espèce.

Cependant, il peut être tentant pour eux de profiter du recours exercé pour obtenir la suppression de l'acte source du litige. Non content d'un simple succès sur l'action, ils peuvent souhaiter voir tirer pleinement les conséquences du raisonnement et donc de la déclaration d'illégalité qui en constitue une étape. En un mot, le recours principal pourrait être, à leurs yeux, l'occasion de "faire d'une pierre deux coups".

Il n'est guère surprenant de constater la rareté de telles conclusions.

Soulevée devant le juge administratif, l'exception d'illégalité n'est jamais assortie de conclusions tendant à obtenir la disparition de l'acte. La tentation est, en revanche, plus grande lorsque, invoquée devant un juge judiciaire incompétent pour en connaître, l'exception est soumise, après sursis à statuer de sa part, au juge administratif. Le recours en appréciation de validité qui le saisit est formé par

la partie intéressée. Quoi de plus naturel pour elle que de compléter la question renvoyée par le juge judiciaire par de discrètes conclusions tendant à l'annulation de l'acte en cause ?

Elles seront, néanmoins, invariablement rejetées comme le montre un vieil arrêt Gourdan : "Par jugement en date du 11 janvier 1922, le tribunal de première instance de La Rochelle (...) s'est borné à surseoir à statuer sur l'opposition formée par le sieur Gourdan contre le commandement décerné pour l'exécution d'un arrêté, en date du 7 septembre 1920, par lequel ce dernier a été constitué débiteur envers le Trésor jusqu'à ce que l'autorité compétente se soit prononcée sur la validité dudit arrêté ; le requérant n'est pas recevable à joindre à sa demande d'appréciation de validité de l'arrêté de débet, introduite sur renvoi de l'autorité judiciaire, des conclusions à fin d'annulation de cet arrêté"²⁴.

Le raisonnement est simple : pas plus qu'il n'appartient au requérant de modifier le sens de la question renvoyée par le juge de l'action et qui, seule constitue, au regard du litige dont il est saisi, une question nécessaire et posant une difficulté réelle et sérieuse, pas plus, il n'appartient au juge de l'exception de s'écarter de cette question. Celle-ci²⁵ détermine strictement le champ de sa compétence. Elle constitue la demande portée devant lui. S'en écartant, il prononcerait une décision non demandée par le juge du fond. Il statuerait *ultra petita*, ce qui lui est interdit.

Un arrêt Courvoisier témoigne du sort d'un jugement dans lequel, spontanément, le juge du recours en appréciation de validité a prononcé l'annulation de l'acte à lui renvoyé.

"Si le jugement du juge de paix renvoyait au tribunal administratif la question de la validité du bail consenti par la commune au sieur Courvoisier et s'il appartenait ainsi au tribunal de déclarer si ce bail était ou non valable, ce qu'il a, à

²⁴ CE 8 juillet 1925, Gourdan, p. 655.V. également, CE Ass. 21 octobre 1994, Société Tapis Saint Maclou, *AJDA* 1994, p. 874, chr. Touvet et Stahl.

²⁵ V. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 222 et s.

tort, omis de faire, il ne pouvait prononcer l'annulation ainsi qu'il l'a fait dans son article 2 ; dans ces conditions, il y a lieu d'annuler ledit article 2 et, en outre, le jugement attaqué en tant qu'il a omis de statuer sur la question renvoyée par l'autorité judiciaire et reprise devant la juridiction administrative par le sieur Arnaud"²⁶.

Le juge de l'exception ne peut annuler l'acte, soit spontanément soit sur demande, sans statuer *ultra petita*. "Les dispositions (...) étant déclarées illégales dans un litige donné, elles ne sont pas, pour autant, annulées, le juge administratif ne disposant pas du pouvoir d'annuler un acte administratif lorsqu'il est saisi du problème de sa légalité au moyen d'un recours en appréciation de légalité"²⁷.

Naturellement, la solution vaudrait, *mutatis mutandis*, pour une exception d'illégalité constitutive de question préalable. Le juge de l'action, également juge de l'exception, excéderait les limites de sa compétence en prononçant l'annulation de l'acte, puisque seul lui est demandé le constat de son illégalité.

Par son objet même, l'exception ne saurait produire les effets de l'action. "Cette appréciation de légalité d'un acte réglementaire à l'occasion de ses applications individuelles, si utile qu'elle soit pour les administrés, ne donne toutefois pas au juge de l'excès de pouvoir les mêmes possibilités de contrôle que le recours direct formé contre le règlement lui-même"²⁸.

Il existe une hypothèse très particulière qui n'est pas une limite au principe présenté. Le juge de l'action, s'il est juge de l'exception et s'il a, en outre, compétence pour statuer sur les recours directs exercés contre l'acte visé par l'exception, peut fort bien, lorsque les délais ne sont pas expirés et que la requête est recevable, réinterpréter l'exception comme tendant, en fait, à l'annulation dudit acte. Semblable raisonnement ne serait pas considéré comme excédant sa

²⁶ CE 20 janvier 1965, Courvoisier, p. 39.

²⁷ J-F. Lachaume, *La prohibition, par un principe général du droit, des sanctions pécuniaires dans le secteur public*, note sous CE Sect. 1er juillet 1988, Billard et Volle c/ SNCF, *D. Soc* 1989, p. 512.

²⁸ P-L. J., note sous CE 26 janvier 1929, Retailleau, *D* 1929, 3, p. 53.

compétence. Il statue alors, en effet, en tant que juge de l'excès de pouvoir et l'annulation qu'il prononce n'intervient pas en raison de la déclaration d'illégalité. Ce n'est pas une exception au principe selon lequel le juge ne peut prononcer l'annulation, qui ne lui est pas demandée au travers de l'exception d'illégalité.

En réalité, si le juge ne saurait faire disparaître l'acte, ce n'est pas seulement parce que cela ne lui est pas demandé mais encore parce que cela ne peut lui être demandé.

B - La disparition ne peut être demandée.

Les règles qui gouvernent les recours tendant à l'annulation des actes administratifs, qu'il s'agisse du recours pour excès de pouvoir ou du recours de plein contentieux objectif sont strictes. Elles témoignent de la nécessité d'encadrer les possibilités de contestation de ces actes en vue d'assurer "l'équilibre délicat mais nécessaire entre le strict respect des délais de recours contentieux indispensable à la stabilité des rapports juridiques et le souci de ne pas voir se perpétuer, au détriment du justiciable, des illégalités"²⁹.

Assimiler la déclaration d'illégalité à l'annulation en ce qu'elle ferait disparaître l'acte illégal, permettrait de contourner ces règles et compromettrait gravement cet équilibre. En bref, "cette assimilation est pratiquement dangereuse"³⁰. Elle est, dès lors, exclue.

1 - L'incompétence probable du juge de l'exception pour annuler l'acte.

L'annulation d'un acte administratif ne peut être prononcée par n'importe

²⁹ Y. Robineau et M-A. Feffer, chr. sous CE Ass. 18 janvier 1980, Bargain, *AJDA* 1980, p. 91.

³⁰ D. Boutet, art préc.

quel juge. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987³¹ attribue cette compétence aux juridictions administratives, avec rang de principe constitutionnel. Elles seules peuvent prononcer “l’annulation ou la réformation des décisions prises, dans l’exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle”. Cependant, cette même décision ouvre au législateur la possibilité de déroger à cette compétence dans le cas où “l’application d’une législation ou d’une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire”. Il est alors autorisé “dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice, d’unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l’ordre juridictionnel principalement intéressé”.

Que s’applique le principe constitutionnel ou que joue la dérogation qui lui est aménagée, un seul et unique juge est compétent pour statuer sur des recours tendant à l’annulation d’un acte administratif.

Or en vertu du principe selon lequel le juge de l’action est juge de l’exception, un juge, saisi d’une contestation au cours de laquelle apparaît une exception d’illégalité d’un acte administratif, est compétent pour apprécier lui-même cette question. Dans l’immense majorité des cas, il n’aurait pas eu compétence pour statuer sur le recours en annulation contre l’acte.

Reconnaître à la déclaration d’illégalité le même effet qu’une annulation quant à l’existence de l’acte, autoriserait donc le juge de l’action à le faire disparaître alors que normalement un autre juge, en principe administratif, est seul compétent pour ce faire.

³¹ CC 23 janvier 1987, *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *D* 1988, p. 117, note Luchaire ; *RA* 1987, p. 139, note Villiers ; *RD* 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *RFDA* 1987, p. 287, note Genevois et, p. 301, note Favoreu.

Les conséquences de l'assimilation étudiée seraient graves lorsque le juge de l'action, juge de l'exception, est une juridiction judiciaire.

Depuis la loi du 22 juillet 1992, les juges répressifs ont plénitude de compétence pour statuer sur les exceptions d'illégalité apparaissant devant eux. Serait-il acceptable qu'un simple tribunal de police puisse prononcer la disparition d'un acte individuel, voire d'un règlement, qui plus est, lorsqu'il revêt la forme solennelle d'un décret en Conseil des ministres ?

L'atteinte aux règles fondamentales qui gouvernent la séparation des autorités administrative et judiciaire serait trop évidente pour être contestée voire justifiée. La décision du Conseil constitutionnel de 1987 interdit, en effet, de transférer le pouvoir d'annuler des actes administratifs, sauf de manière précise et limitée³² dans un souci de bonne administration de la justice en un matière donnée. La loi du 22 juillet 1992 n'aurait sûrement pas été censurée, si le Conseil constitutionnel en avait été saisi, pour la seule raison que la déclaration d'illégalité, ne supprimant pas l'acte en jeu, n'est pas une annulation.

Il convient donc de borner les incidences de la déclaration d'illégalité. "La reconnaissance de l'illégalité d'un règlement par un tribunal judiciaire a pour effet de permettre à ce tribunal de ne pas tenir compte de ce règlement dans le procès où il est invoqué. L'autorité judiciaire ne peut pas statuer sur le règlement lui-même et en prononcer l'annulation"³³.

La solution contraire serait également critiquable au sein de l'ordre administratif puisqu'elle permettrait une violation des règles de répartition matérielle ou géographique des compétences. Ainsi, un tribunal administratif pourrait, en le déclarant illégal, faire disparaître un décret dont l'annulation relève du Conseil d'État. Réciproquement, ce dernier pourrait provoquer la suppression d'un acte dont le contentieux est dévolu au juge du premier degré.

³² Cette réserve à la compétence du législateur résulte de la même décision du Conseil constitutionnel, v. considérant n°18.

³³ Rives, *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris 1908, p. 121.

Même si ces empiétements ne seraient pas néfastes, tant est homogène la conception de la légalité au sein de l'ordre administratif, ils n'en videraient pas moins de tout leur sens les règles qui, précisément, répartissent les compétences en matière de recours. Comment justifier qu'un recours pour excès de pouvoir contre un décret soit de la seule compétence du Conseil d'État, quand un résultat identique pourrait être obtenu, par la voie de l'exception, devant n'importe quelle juridiction administrative, fût-elle spécialisée ?

La situation serait paradoxale. Elle suffirait à rejeter la thèse de la disparition de l'acte déclaré illégal.

La disparition de l'acte administratif ne peut pas être demandée puisque le juge de l'action n'est pas, le plus souvent, le juge qui aurait eu connaissance d'un recours direct contre l'acte.

Il se peut, toutefois, qu'il en soit ainsi, dans quelques rares hypothèses. En outre, lorsque, au contraire, le juge de l'action n'est pas juge de l'exception, la question préjudicielle est alors renvoyée au juge compétent sur recours direct.

Dans ces deux cas, les risques de violation des règles de compétence juridictionnelle n'existent pas. Néanmoins, l'acte déclaré illégal ne peut disparaître. D'une part, cela a été noté, l'annulation n'est jamais demandée. D'autre part, les règles de délai de recours s'opposent, le plus souvent, à ce que l'on s'attaque à l'existence même de l'acte administratif. Au regard de ces règles, la disparition ne peut pas plus être demandée.

2 - L'expiration probable du délai du recours contre l'acte.

L'obstacle du délai de recours a été le plus étudié par la doctrine. A ses yeux, il justifie que la déclaration d'illégalité ne puisse être assimilée à une annulation. "Les effets de l'expiration des délais propres aux recours directs

expliquent, en droit interne français, la différence quant à la portée entre le mécanisme de l'exception d'illégalité et le recours pour excès de pouvoir³⁴.

Le raisonnement est simple. L'exception d'illégalité des règlements, étant perpétuelle, est recevable longtemps après que le recours pour excès de pouvoir ne l'est plus. Reconnaître à la déclaration le même effet sur l'acte qu'une annulation est donc grave.

“Lorsque l'illégalité d'un règlement n'est constatée qu'après l'expiration du délai de recours contentieux, il est beaucoup plus difficile d'admettre que l'acte déclaré illégal s'efface de l'ordonnancement juridique pour faire revivre la disposition à laquelle il s'était substitué dans des conditions irrégulières³⁵.”

Une telle solution rendrait inutiles les règles de délai de recours. Elle atteindrait à sa base le fragile édifice conçu pour assurer le respect du droit d'ester en justice sans compromettre la nécessaire sécurité juridique.

“Si l'on admettait que l'exception d'illégalité, qui peut être invoquée à tout moment, ait en pratique les mêmes conséquences qu'une annulation contentieuse, on ruinerait la règle des délais de recours³⁶, on “renverserait un des principes les mieux établis du contentieux administratif³⁷.”

La démonstration est convaincante tant les conséquences d'une disparition de l'acte déclaré illégal paraissent dangereuses pour la stabilité de l'ordonnancement juridique. Comme le note avec humour un commissaire du gouvernement, “cet argument est frappant, car il est toujours désagréable à l'honnête artisan de voir renverser sa boîte à outils³⁸.”

La jurisprudence, malgré quelques hésitations, s'est ralliée à l'opinion générale : la déclaration d'illégalité ne peut valoir disparition de l'acte.

³⁴ J-Y. Plouvin, note sous CE Sect. 9 mai 1980, Office national interprofessionnel des céréales, *AJDA* 1980, p. 535.

³⁵ B. Genevois, note sous CE Ass. 29 avril 1980, Ordre des architectes, *AJDA* 1981, p. 429.

³⁶ D. Boutet, art. préc.

³⁷ A. Bacquet, concl. sur CE Ass. 18 janvier 1980, Bargain, *RA* 1980, p. 151.

³⁸ H. Toutée, concl. sur CE Sect. 8 juin 1990, Assaupamar, *RFDA* 1991, p. 149.

Dès l'arrêt Poulin, considéré comme le premier arrêt de principe sur le mécanisme de l'exception, la solution paraissait acquise. "Si le sieur Poulin aurait pu, dans les trois mois de cette publication, conformément à l'article 11 du décret du 23 juillet 1806 alors en vigueur, déférer cet arrêté au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir, il n'est plus recevable à demander aujourd'hui l'annulation de ce règlement, dont il lui appartiendrait seulement de contester la légalité à l'occasion des actes administratifs qui pourraient intervenir pour lui en faire application"³⁹.

Passé le délai de recours, l'annulation d'un acte ne peut plus être demandée ; seule son exception d'illégalité reste recevable sous certaines conditions.

Il faut croire que la formulation retenue n'était pas assez précise puisque, moins d'une semaine après, le Conseil d'État lui-même, considérait, dans un arrêt Riverain et Henry⁴⁰, que l'exception d'illégalité conduit à l'annulation de l'acte. L'arrêt Poulin était donc interprété comme n'interdisant pas l'annulation d'un acte hors délai, dès lors qu'une de ses décisions d'application est attaquée. Le raisonnement fut immédiatement critiqué par l'annotateur anonyme de ces deux arrêts au recueil Dalloz. "Le premier mode de procédure nous paraît plus régulier. C'est ainsi que dans le cas où le Conseil d'État est saisi par un renvoi de l'autorité judiciaire de la question de légalité d'un acte administratif contre lequel aucun pourvoi n'avait été formé en temps utile, il déclare cet acte illégal, mais il n'en prononce pas expressément l'annulation".

Le respect des délais de recours devait alors rapidement prévaloir, comme en témoigne la jurisprudence immédiatement postérieure⁴¹. L'arrêt Riverain et Henry marqua donc la brève tentation du juge de l'excès de pouvoir d'assimiler la

³⁹ CE 29 mai 1908, Poulin, p. 581 ; *DP* 1910, 3, p. 17.

⁴⁰ V. CE 3 juin 1908, Riverain et Henry, *DP* 1910, 3, p. 17.

⁴¹ V. CE 6 août 1910, Compagnie des Tramways de Paris, p. 710.

déclaration d'illégalité à une annulation.

Elle habita toutefois également le juge du plein contentieux. L'arrêt Blanc, Argaing et Bézie du 31 mars 1911⁴² porte, en effet, la même solution. S'il est possible de demander réparation du préjudice né d'une illégalité au juge de la responsabilité, la déclaration d'illégalité conduit, selon cet arrêt, à l'annulation de l'acte.

Maurice Hauriou fit alors amende honorable, le recours de pleine juridiction devant désormais, selon lui et contrairement à ses écrits antérieurs, l'emporter sur le recours pour excès de pouvoir. Il formulait même un principe nouveau : "toutes les fois que l'exécution d'une décision administrative sera susceptible d'entraîner un contentieux de la pleine juridiction, soit au point de vue de l'indemnité de préjudices causés, soit au point de vue de toutes autres réparations de droit, l'intéressé, au lieu d'intenter le recours pour excès de pouvoir contre la décision initiale, aura la liberté de lier le contentieux sur la question des réparations de droit, et, dans le recours contentieux ordinaire, il pourra introduire des conclusions relatives à l'annulation de la décision initiale"⁴³. Si ces conclusions étaient exactes dans la mesure où les pouvoirs du juge du plein contentieux incluent logiquement celui d'annuler les actes dont il est saisi, elles furent contredites, en matière d'exception d'illégalité. Les règles de délai de recours, qui gouvernent tant le recours pour excès de pouvoir que le recours de pleine juridiction, interdisent d'annuler l'acte déclaré illégal.

La solution, contraire sur ce point, de l'arrêt Blanc, Argaing et Bézie semble, elle aussi, avoir été rapidement abandonnée par des arrêts reconnaissant la recevabilité de l'action en responsabilité pour illégalité d'un acte non attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir et, surtout, se bornant à en déclarer

⁴² V. CE 31 mars 1911, Blanc, Argaing et Bézie, S 1912, III, p. 129, note Hauriou.

⁴³ M. Hauriou, note préc.

l'illégalité sans plus l'annuler⁴⁴.

“Cette “exception d’illégalité”, si elle est fondée, n’a pas pour effet juridique d’entraîner l’annulation proprement dite de l’acte (...) dont l’illégalité est ainsi invoquée. Cet acte, en effet, ne peut plus être annulé, puisque le délai de recours contentieux est expiré”⁴⁵. Toute autre solution est critiquable. “La règle des deux mois n’aura plus aucun sens si l’exception d’illégalité, qui peut être invoquée sans limite, a les mêmes effets que l’annulation”⁴⁶.

Un éminent auteur a pourtant exposé que tout risque de bouleversement des principes élémentaires du contentieux est écarté par le maintien d’une autorité relative de la déclaration d’illégalité⁴⁷. “Tel n’est pas le cas si du moins la règle demeure que l’annulation pour excès de pouvoir produit effet *erga omnes*, alors que la décision constatant l’illégalité d’un texte par la voie de l’exception n’a, en principe, que l’autorité relative de la chose jugée et ne vaut que pour les parties au litige”⁴⁸.

Effectivement, le caractère relatif de l’autorité de la chose jugée en matière de déclaration d’illégalité peut rassurer, dans la mesure où la disparition de l’acte n’aura pas les effets exacts de l’annulation. Il n’en reste pas moins un doute quant à la possibilité de concevoir la disparition d’un acte administratif à l’égard d’un seul litige. N’est-il pas de la nature même de la disparition d’avoir valeur *erga omnes* ? Peut-on concevoir, au regard du principe d’égalité, qu’un droit soit applicable à l’un et qu’un autre le soit à tous les tiers ? Une telle conception paraît difficilement

⁴⁴ V. notamment, CE 10 mai 1912, Brindejoint, p. 550 ; CE 22 mai 1914, Seytre, p. 619 ; CE 8 novembre 1918, Duforêts, p. 974 ; CE 26 mars 1920, Roussillon, p. 334 ; CE 11 avril 1920, Gnanou, p. 370 ; CE 22 juillet 1921, Dazy, p. 741 ; CE Sect. 9 août 1928, Bacon, p. 1035 ; CE 8 janvier 1930, Caputo, p. 14.

⁴⁵ M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint Marc, D. Labetoulle, *Leçons de droit public*, p. 127.

⁴⁶ G. Peiser, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d’État de l’illégalité d’un acte administratif par voie d’exception*, Mélanges Auby, p. 277.

⁴⁷ Sur ce point, v. infra Chapitre II, p. 693 et s.

⁴⁸ B. Genevois, note préc.

défendable. Si la déclaration d'illégalité n'est dotée que d'une autorité relative, cela n'autorise pas à l'identifier à l'annulation de l'acte mais, bien au contraire, cela constitue un obstacle à une telle identification. En outre, dès lors que la déclaration vaut disparition, les règles de délai sont automatiquement tournées, qu'il y ait ou non autorité relative.

La conclusion s'impose donc. Tant les règles de compétence juridictionnelle que les exigences de recevabilité temporelle interdisent de donner à la déclaration d'illégalité d'un acte l'effet d'une annulation. L'acte déclaré illégal ne disparaît pas puisque tel n'est pas ce qui est demandé, et, plus largement, puisque cela ne peut être demandé.

Au-delà des obstacles juridiques, qui suffisent à emporter conviction, diverses considérations font douter de l'opportunité d'une solution contraire. Il n'est pas certain qu'une "considération plus fine des données de la question, en même temps qu'un peu de volontarisme et de préoccupation de l'opportunité, peuvent conduire à un dépassement du simple raisonnement logique"⁴⁹.

Proposer que la déclaration d'illégalité fasse disparaître l'acte de l'ordonnancement juridique, c'est souhaiter lui faire produire les mêmes effets qu'une annulation. Or ceux-ci ne sont pas exempts de toute critique.

En premier lieu, l'annulation d'un acte n'est pas nécessairement satisfaisante en ce qu'elle provoque la résurrection de celui qu'il avait remplacé. D'une part, le droit antérieur avait été abrogé en raison de son inadaptation. D'autre part, il n'est pas toujours souhaitable qu'il reprenne sa place dans l'ordonnancement juridique longtemps après son abrogation. "Les vieux textes, pour être légaux, ne sont pas forcément opportuns. Si on les a abrogés, même par

⁴⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 896.

des textes illégaux, c'est souvent pour de bonnes raisons"⁵⁰.

L'instabilité juridique peut également être source de confusions. "Ne risque-t-on pas, de proche en proche, de remonter le temps en ressuscitant des dispositions parfois très anciennes que tous les observateurs s'accordaient à considérer comme définitivement abrogées ?"⁵¹.

La déclaration d'illégalité encourrait les mêmes reproches si elle devait provoquer la disparition de l'acte. Les inconvénients seraient supérieurs aux avantages supposés. "Certes, il est dérangeant de maintenir dans l'ordre juridique un règlement manifestement illégal, mais, au-delà des questions des délais, ne le serait-il pas plus de l'écarter purement et simplement au profit d'un texte antérieur oublié et poussiéreux ?"⁵². Pire encore, parce qu'elle permettrait une succession de disparitions par le biais de déclarations d'illégalité enchaînées, l'exception d'illégalité serait plus néfaste que l'annulation. Pour cette dernière, en effet, la remontée s'arrête au texte immédiatement antérieur.

En second lieu, l'annulation, parce qu'elle fait comme si ce qui a été n'avait pas été, procède d'une fiction. Elle débouche alors sur des situations inextricables et échoue parfois devant le fait irréductible que ce qui a été ne peut disparaître rétroactivement.

Le professeur Weil a finement analysé les conséquences de l'annulation d'un acte et décrit les limites de la fiction juridique en la matière. "La formule "l'acte annulé est censé n'être jamais intervenu" se révèle de plus en plus inexacte. Le droit a dû tenir compte du fait : l'acte annulé ne peut pas toujours être réduit à néant comme l'exigerait le principe de la rétroactivité de l'annulation (...). L'annulation ne peut pas faire que cette exécution n'ait pas eu lieu. L'acte annulé est intervenu effectivement, il a bel et bien existé jusqu'à son annulation : cette

⁵⁰ H. Toutée, concl. préc.

⁵¹ B. Genevois, note préc.

⁵² D. Boutet, art préc.

vérité de fait l'emporte chaque jour davantage sur la vérité de droit selon laquelle un acte nul ne peut produire aucun effet"⁵³.

Les célèbres conclusions du Président Odent sur l'arrêt Véron-Réville l'avaient antérieurement exposé. "La règle d'après laquelle un acte annulé est censé n'avoir jamais existé présente ce caractère contradictoire d'être à la fois une nécessité et une fiction. C'est un idéal nécessaire pour tracer à l'administration et au juge leurs directives. Mais c'est une pure fiction, car il n'appartient à aucune puissance humaine d'empêcher que ce qui a existé ait existé et d'effacer les inévitables effets qu'ont produits des actes annulés pendant toute la durée précédent leur annulation"⁵⁴.

Le constat d'échec est alors obligé. "Si la logique, qui est un "monstre froid", peut se dérouler hors du temps, la justice, spécifiquement humaine, ne le peut pas. Supprimer d'un trait de plume, l'intervalle de temps qui s'est déroulé entre l'acte et son annulation ressemble étrangement au fameux "je n'ai rien appris ni rien oublié" "⁵⁵. "Tout ce que l'on peut faire, c'est agir dans l'avenir de manière à créer une situation passée, et il y a là, non pas rétroactivité au sens réel du mot, mais simple projection du passé dans l'avenir"⁵⁶.

Ce que l'annulation ne peut malgré sa puissance, comment la modeste exception d'illégalité le pourrait-elle ? Comment faire que le constat incident de l'illégalité initiale ou acquise d'un acte puisse résoudre l'ambiguïté fondamentale de l'annulation ? La déclaration d'illégalité ne peut valoir disparition de l'acte.

Des obstacles juridiques s'opposent à une solution qui, au surplus, serait source de difficultés infinies. Seule est demandée au juge, seule peut lui être demandée, la mise à l'écart de l'acte critiqué incidemment. Sa disparition

⁵³ P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952, p. 8.

⁵⁴ R. Odent, concl. sur CE 27 mai 1949, *GP* 1949, 2, p. 34.

⁵⁵ P. Weil, op. cit., p. 175.

⁵⁶ Ibid, p. 136.

n'intéresse pas la partie qui soulève l'exception. Seul lui importe le succès de son recours principal. Dès lors, la déclaration d'illégalité, si elle ne fait pas disparaître l'acte, a néanmoins pour conséquence sa non-application au litige.

§ 2 - L'INAPPLICABILITÉ DE L'ACTE AU LITIGE.

“La disposition réglementaire que le juge déclare illégale par la voie de l'exception ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique : son application est seulement paralysée”⁵⁷. Les développements précédents laissaient pressentir cette paralysie.

En effet, ne faisant pas disparaître l'acte mais devant avoir une incidence sur l'issue du litige en raison de son opérance, l'exception d'illégalité, en cas de succès, a nécessairement un effet sur l'acte. A défaut de sa disparition, cela ne peut être que sa non-application.

Seule celle-ci est visée par la partie qui soulève l'exception d'illégalité. Dès lors, l'unique effet de la déclaration d'illégalité est la mise à l'écart de l'acte en l'espèce.

A - L'inapplication de l'acte au litige, seul but de l'exception d'illégalité.

Il n'est pas difficile de montrer que l'exception d'illégalité ne vise jamais qu'à écarter l'application de l'acte du litige. Il en est ainsi qu'elle soit soulevée par le demandeur ou par le défendeur.

⁵⁷ A. Bacquet, concl. sur CE 18 janvier 1980, *Bargain*, RA 1980, p. 151.

1 - L'exception d'illégalité soulevée par le demandeur.

L'exception d'illégalité est, le plus souvent, soulevée par l'attaquant. Le moyen lui est utile en ce que, s'il est fondé, il assurera le succès de son action. Toutefois, le type d'incidence de la déclaration d'illégalité sur le fond dépend du lien unissant l'acte visé à celui dont l'annulation est poursuivie.

Ce lien, caractérisant l'opérance de l'exception, peut être, comme cela a été antérieurement exposé⁵⁸, un lien d'application ou un lien de consubstantialité.

a - Présence d'un lien d'application.

Il s'agit de l'hypothèse la plus simple. L'acte attaqué au principal est un acte d'application de celui dont l'illégalité est excipée. Quelle est alors la finalité du moyen ?

Il vise uniquement à obtenir l'annulation de la décision d'application en raison de l'illégalité de l'acte qu'elle met en oeuvre. L'illégalité de ce dernier n'a pu que contaminer la première et seule importe au requérant le constat de ce qu'il n'aurait pas dû être respecté. Comme, précisément, il l'a été, l'acte d'application encourt l'annulation.

La déclaration d'illégalité n'est donc qu'un moyen de droit au soutien d'un objectif unique, l'annulation de l'acte attaqué. Seul est nécessaire au demandeur, seul est demandé au juge, le constat de l'inapplicabilité de l'acte visé par l'exception. Cela suffit au succès de la requête.

b - Le lien de consubstantialité.

⁵⁸ V. supra, Deuxième Partie, Chapitre I, p. 275 et s.

Le lien d'application n'épuise pas les cas d'opérance de l'exception d'illégalité soulevée par le requérant. Un lien de consubstantialité peut également unir l'acte attaqué au principal et l'acte critiqué incidemment. La liaison est alors plus étroite, plus intime. La légalité du premier dépend de celle du second parce qu'il s'approprie son contenu. Il en est ainsi lorsqu'il en prononce le retrait, l'abrogation, ou lorsqu'il l'approuve, l'homologue.

Malgré l'originalité des rapports entre les actes en présence, les effets désirés de l'exception d'illégalité sont identiques à ceux décrits en cas de lien d'application.

Soulevée par le requérant à l'appui de la contestation d'un refus de retrait ou d'abroger, qui témoignent de la volonté de l'administration de persévérer dans l'application de l'acte, l'objet de l'exception d'illégalité est précisément de contredire cette volonté. Le moyen ne vise alors qu'à faire constater qu'en raison de son illégalité l'acte ne devait plus être appliqué et, en conséquence, à conduire à l'annulation du refus de retrait ou d'abrogation.

Le succès de l'argument du demandeur doit consacrer l'inapplicabilité de l'acte.

De la même façon, l'exception d'illégalité invoquée à l'appui du recours contre une approbation ou une homologation, qui marquent, quant à elles, la volonté de l'administration de rendre applicable l'acte, ne vise qu'à faire reconnaître l'illégalité d'une telle décision. Seule est nécessaire au succès de la requête dirigée contre l'acte d'approbation ou d'homologation, la déclaration de ce que la norme, objet de l'effet normatif de ces actes, ne pouvait être rendue applicable.

L'exception peut, enfin, être invoquée dans le cadre d'un recours de plein contentieux, pour faire valoir la faute commise par l'édiction ou l'application d'une norme illégale. Est alors en jeu le seul constat de ce que cette norme n'aurait pas dû être appliquée. L'administration ayant, par hypothèse, mis en oeuvre l'acte

illégal, la déclaration de son inapplicabilité est le seul moyen d'engager la responsabilité publique.

L'exception, invoquée par le requérant, a donc toujours pour unique objet de faire déclarer par le juge l'inapplicabilité d'un acte que l'administration a voulu respecter au travers de la décision visée par le recours principal.

La situation est identique en cas d'exception soulevée par le défendeur.

2 - L'exception d'illégalité soulevée par le défendeur.

L'exception d'illégalité est ouverte au défendeur. Devant un juge répressif, la personne poursuivie en use pour démontrer qu'elle n'a pas commis d'infraction en ne respectant pas un acte administratif illégal. Devant le juge administratif, l'administration est, le plus souvent, dans cette position. Il peut alors sembler bien improbable qu'elle invoque, par voie d'exception, l'illégalité de l'un de ses propres actes.

Au-delà de l'apparente absurdité de la situation, un examen attentif de la jurisprudence permet d'isoler plusieurs situations où l'administration est contrainte d'exciper de l'illégalité d'un acte. Tel est le cas lorsque le requérant en réclame l'application. La puissance publique, pour justifier son refus, est alors conduite à démontrer qu'en raison de son illégalité, l'acte en question ne pouvait être appliqué. Ici encore, seul importe à la partie qui invoque l'exception, le constat de son inapplicabilité. Cela vaut quelque soit le lien l'unissant à celui attaqué au principal.

a - Présence d'un lien d'application.

Si les deux actes sont unis par un lien d'application, le fait, pour l'administration, de contester incidemment la légalité de l'un, signifie qu'elle en a

refusé l'application à un particulier qui la désirait.

Elle tente de se justifier en démontrant que son refus est légal, en raison, précisément de l'illégalité de cet acte. Elle n'aurait, en effet, commis aucune illégalité à ne pas respecter une disposition illégale alors qu'elle aurait encouru une annulation certaine en cas contraire. La déclaration d'illégalité est alors pour elle le seul moyen de faire consacrer qu'elle n'avait pas, en l'espèce, à utiliser l'acte en cause. Cela suffit pour lui assurer le rejet du recours et limite donc sa demande au seul constat de l'inapplicabilité de l'acte.

De l'hypothèse du refus d'application de l'acte illégal, il convient de rapprocher celle de l'édiction d'une décision qui lui est contraire. Dans l'un et l'autre cas, le rejet du recours résulte de la déclaration d'illégalité.

b - Présence d'un lien de consubstantialité.

La même volonté de faire constater l'impossibilité, pour elle, d'appliquer l'acte, motive l'administration à invoquer son illégalité lorsqu'il est uni à celui dont l'annulation est poursuivie, par un lien de consubstantialité.

Ainsi, la contestation du retrait ou de l'abrogation d'un acte sera vaine si le juge le déclare illégal. La décision de l'administration de ne plus l'appliquer sera donc légale. Une fois encore, seule est en jeu l'applicabilité de l'acte en l'espèce, puisqu'en dépend le sort du recours principal.

Pareillement, lorsqu'est attaqué le refus d'approuver ou d'homologuer un acte ou une norme, la volonté de la puissance publique de l'empêcher d'être applicable ne sera légale que si cet acte ou cette norme est illégal. L'applicabilité de l'acte est la seule question soumise au juge par le biais de l'exception d'illégalité. Elle suffit à statuer sur le recours principal.

La puissance publique peut enfin soulever l'exception d'illégalité d'un acte dans le cadre d'un recours en responsabilité exercé contre elle. Il s'agit, là encore,

de l'hypothèse dans laquelle il lui est reproché de ne pas l'avoir appliqué et d'avoir, ce faisant, commis une faute, source d'un préjudice. Le seul moyen pour elle de voir dénier sa responsabilité est de faire constater qu'elle devait ne pas appliquer l'acte, en raison de son illégalité. L'exception d'illégalité a ainsi, à ses yeux, pour seul mérite de faire reconnaître l'inapplicabilité de l'acte à la situation soumise au juge.

La conclusion des développements précédents n'est pas contestable. L'applicabilité est seule en cause dans le cadre de l'exception d'illégalité d'un acte administratif. Quelle que soit la partie qui l'invoque, quel que soit le lien rendant l'exception opérante, l'effet recherché de l'éventuelle déclaration d'illégalité est de justifier l'inapplication de l'acte au litige.

Ce constat doit se limiter à l'espèce soumise au juge puisque, précisément, le recours principal est dirigé contre un acte qui a pris parti sur l'applicabilité. L'unique objet du recours est l'annulation de cet acte, l'unique objet de l'exception d'illégalité est de consacrer, au regard de ce recours, que l'acte contesté incidemment n'avait pas à être appliqué. Cela commande l'issue du litige et influe logiquement sur l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'acte.

B - L'inapplicabilité de l'acte au litige, seule conséquence de la déclaration d'illégalité.

“C'est l'application même du règlement qui a lié le contentieux et c'est le propre de l'exception que de permettre de contester la légalité de cet acte après l'expiration du délai, étant entendu que le succès de l'exception n'a pas d'autre effet que d'écarter l'application du règlement dans le litige considéré, sans le faire disparaître de l'ordonnancement juridique”⁵⁹.

⁵⁹ A. Bacquet, concl. sur CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won et Butin, *RDP* 1982, p. 822.

Tel est bien le sens de la jurisprudence mais son fondement, pour aussi simple qu'il soit, mérite cependant quelque précision.

1 - Le fondement.

Pour quelle raison "l'annulation d'une décision individuelle fondée sur l'irrégularité des décisions générales dont elle est tirée n'affecte les effets des décisions générales que dans la mesure où ceux-ci se concrétisent dans la décision individuelle annulée ?"⁶⁰.

La réponse réside dans les pouvoirs du juge de l'exception d'illégalité. Pour la partie qui l'invoque, le moyen n'a qu'un objectif, permettre la reconnaissance de la non-applicabilité de l'acte. Est uniquement recherché, positivement s'il s'agit du requérant, ou négativement s'il s'agit du défendeur, le constat de ce que l'acte n'avait pas à être appliqué, de ce qu'il n'était pas applicable.

Dès lors, le raisonnement est simple. Le juge étant lié par les conclusions des parties puisqu'il ne peut statuer *ultra petita*, ne saurait prononcer une décision qui ne lui est pas demandée, et qui, de surcroît, serait inutile à l'issue du litige.

Cette interdiction vaut pour le prononcé de la disparition de l'acte dont il est excipé. Non demandée par la partie qui invoque l'exception, et ne pouvant, de toute façon, lui être demandée, la disparition de l'acte ne saurait résulter de la déclaration d'illégalité. Une solution contraire consacrerait, au profit du juge, le pouvoir de statuer *ultra petita*.

La même interdiction vaut naturellement quant au constat de l'inapplicabilité de l'acte. Ce constat est souhaité par l'une des parties, mais uniquement pour faire aboutir sa prétention. La déclaration d'illégalité, qui ne tranche pas un recours exercé contre l'acte en cause mais qui intervient pour décider du sort d'un autre recours, doit borner ses effets à cela. Pour être efficace et répondre à l'attente de

⁶⁰ CJCE 12 juin 1958, Compagnie des hauts fourneaux de Chasse, p. 153, concl. Lagrange.

la partie qui l'invoque, l'exception d'illégalité doit se résoudre en un simple constat de l'inapplicabilité de l'acte en l'espèce. Ce simple effet, suffisant au succès ou au rejet du recours, doit seul lui être attribué, sous peine, pour le juge, d'entacher sa décision d' "excès de pouvoir".

Tel est le fondement de la position traditionnelle. Il impose que "le succès de l'exception n'[ait] pas d'autre effet que d'écarter l'application du règlement dans le litige considéré, sans le faire disparaître de l'ordonnancement juridique"⁶¹.

Logiquement, l'interdiction de statuer *ultra petita* a une conséquence particulière : autant de fois l'acte sera appliqué, autant de fois il conviendra de faire constater son inapplicabilité. "Il ne sera pas pour autant annulé mais sera frappé d'inefficacité chaque fois que l'exception d'illégalité sera soulevée"⁶². Cela résulte de ce que l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'acte se limite au constat de son inapplicabilité en l'espèce. N'est donc pas en cause l'autorité de la déclaration d'illégalité car savoir si un acte est applicable à un litige et savoir si son illégalité est acquise à l'égard de tous relèvent de deux appréciations largement autonomes.

Il n'en irait autrement que si la déclaration d'illégalité faisait disparaître l'acte. Cet effet commanderait alors automatiquement l'autorité de la déclaration tant il est impossible de concevoir qu'une disparition ne se produise qu'à l'égard de quelques uns, l'état du droit ne changeant pas pour les autres.

Comme la déclaration d'illégalité ne provoque pas la disparition de l'acte, mais sa seule inapplicabilité au litige en cours, la question de son autorité n'est pas affectée.

L'interdiction pour le juge de s'écarter des prétentions des parties sous peine de statuer *ultra petita* est l'unique mais solide fondement de l'effet limité de

⁶¹ A. Bacquet, concl. préc.

⁶² P. Delvolvé, obs sous CE Sect. 30 janvier 1981, *Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction*, D 1981, IR, p. 277.

la déclaration d'illégalité. Celle-ci, comme en témoigne la jurisprudence, est une reconnaissance occasionnelle de l'inapplicabilité d'un acte.

2 - L'illustration.

Il ne fait pas de doute que la jurisprudence limite les effets sur l'acte de la déclaration d'illégalité au seul litige pendant. "Si le règlement est déclaré illégal, les conséquences en seront tirées dans le litige soumis au juge, mais l'acte lui-même ne disparaîtra pas pour autant de l'ordre juridique"⁶³. Ses conséquences sont celles que la partie ayant soulevé l'exception voulait lui attribuer : il s'agit soit de l'annulation de l'acte attaqué au principal, soit du rejet de ce recours.

Lorsque l'exception d'illégalité est invoquée par le requérant, son objectif est de faire annuler l'acte qu'il attaque, pour avoir appliqué un acte estimé illégal. Seule lui est nécessaire une déclaration de ce que ce dernier acte n'avait pas à être mis en oeuvre en l'espèce. C'est à ce seul effet que se borne alors naturellement l'exception d'illégalité.

En vertu d'une jurisprudence aussi ancienne que constante⁶⁴, la déclaration

⁶³ M-A. F., note sous CE Sect. 9 mai 1980, Office national interprofessionnel des céréales, *RTDE* 1980, p. 578.

⁶⁴ V. notamment, CE 24 février 1904, Dubois de Bellejame, p. 142 ; CE 29 décembre 1905, Dellaye, p. 1009 ; CE 23 mars 1923, Sauvaire-Jourdan, p. 303 ; CE 18 janvier 1924, Mansour Ahmed, p. 54 ; CE 9 juillet 1926, Abbé Barthélémy, p. 713 ; CE 1er mai 1936, Heuet, p. 489 ; CE 26 mai 1937, Richard, p. 521 ; CE 13 mai 1949, Bourgain, p. 214 ; CE 23 janvier 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur ; CE 3 décembre 1954, Rastouil, évêque de Limoges, p. 639 ; CE 1er avril 1955, Harrach, p. 193 ; CE 9 juin 1961, Martin, p. 382 ; CE 21 mai 1965, Ministre de l'éducation nationale c/ Amouroux, p. 292 ; CE 23 juin 1965, SARL Besse, p. 382 ; CE 24 octobre 1969, Lafontaine, p. 450 ; CE 27 février 1970, Dautan, p. 141 ; CE 2 octobre 1970, Baruteau, p. 545 ; CE 30 avril 1971, Congrégation des soeurs de Saint Joseph, p. 315 ; CE 7 janvier 1972, Elections au conseil de l'UER de lettres de l'Université de Limoges, p. 25, concl. Théry ; CE 31 janvier 1975, Elections au conseil de l'Université de Toulouse-Mirail, p. 71 ; CE 30 avril 1976, Lacorne, p. 224 ; CE 15 février 1978, Plantureux, p. 73 ; CE 14 mai 1980, Ministre de l'intérieur c/ Savarn, p. 781 ; CE 22 avril 1983, Sabin et autres, p. 159 ; CE 1er février 1985, Ministre des affaires sociales c/

d'illégalité, établit que l'acte n'aurait pas dû être appliqué et conduit, en conséquence, à l'annulation de son application. Le principe ne souffre aucune discussion comme le prouve la rédaction seulement implicite du fameux arrêt Bargain⁶⁵, rendu pourtant au vu de remarquables conclusions s'interrogeant sur l'opportunité d'un revirement de jurisprudence en la matière. Le juge se contente toujours, après avoir démontré l'illégalité de l'acte dont il est excipé, d'annuler la décision attaquée au principal parce qu'elle est intervenue en application d'un texte illégal. Seule est effectivement constatée l'illégalité de l'application et donc l'inapplicabilité de l'acte.

Le même raisonnement prévaut logiquement dans les cas où l'acte objet de l'exception est uni à celui dont l'annulation est poursuivie, par un lien de consubstantialité. C'est alors le refus de retrait ou d'abrogation qui est annulé en raison de l'inapplicabilité de l'acte - dans la mesure, toutefois, où le juge consacre en un tel cas une obligation d'abroger ou de retirer sur demande un acte illégal.

En cas de recours contre l'approbation ou l'homologation d'un acte déclaré illégal, l'inapplicabilité de celui-ci débouche alors uniquement en l'espèce sur l'annulation de la décision attaquée au principal.

Enfin, dans le cadre d'un recours en responsabilité, la déclaration d'illégalité n'autorise le juge qu'à annuler le refus d'indemniser le préjudice né de la faute constituée par l'application en l'espèce d'un acte inapplicable.

Ce qui vaut pour le cas où l'exception est invoquée à l'appui du recours, vaut également dans l'hypothèse où l'exception est, au contraire, un moyen de défense. Un arrêt Fédération nationale SOS environnement l'illustre clairement. "L'arrêté interministériel du 20 janvier 1982 dressant la liste des espèces végétales

SARL les fourrures de la Madeleine, p. 790 ; CE 2 décembre 1991, SCA Girardin-Fleury, p. 661 ; CE 29 février 1992, Olivier, p. 215.

⁶⁵ V. CE Ass. 18 janvier 1980, Bargain, RA 1980, p. 151, concl. Bacquet ; AJDA 1980, p. 91, chr. Robineau et Feffer.

protégées sur l'ensemble du territoire national et pris pour l'application du décret du 25 novembre 1977 (...) qui n'a pas été signé par le ministre chargé des pêches maritimes, étant entaché d'incompétence, la décision attaquée, par laquelle le ministre de l'environnement a refusé de prendre un arrêté de biotope qui n'aurait pu être pris que sur le fondement des dispositions illégales de cet arrêté ne saurait être entaché d'illégalité⁶⁶. La formulation très éclairante de l'arrêt, sans être originale⁶⁷, témoigne néanmoins de l'effet limité de la déclaration d'illégalité sur l'acte qui en est l'objet. Son annulation n'est pas prononcée. Le recours contre son refus d'application est simplement rejeté.

Il n'avait pas à être appliqué, sa non-application à l'espèce, spontanée de la part de l'administration mais également imposée par la déclaration, est donc légale.

Cet unique effet sur l'acte satisfait la partie qui a soulevé l'exception d'illégalité. Le requérant parce qu'il lui permet de faire annuler l'acte d'application ; l'administration parce qu'il implique le rejet du recours contre une décision contraire à l'acte en cause.

Ce premier résultat est-il cependant suffisant pour épuiser les effets de la déclaration d'illégalité ? N'est-il aucune hypothèse où les conséquences mécaniques précédemment décrites sont susceptibles d'échouer, conduisant alors le juge et les parties à se tourner vers un autre acte, applicable quant à lui ? Un

⁶⁶ CE 19 octobre 1988, Fédération nationale SOS environnement, p. 343 ; *GP* 1989, I, Som, p. 247.

⁶⁷ V. également, CE 22 novembre 1918, Pietri, p. 1012 ; CE 23 janvier 1920, Poncet, p. 62 ; CE 4 février 1921, Demont, p. 125 ; CE Sect. 22 mars 1939, Parissé, p. 369 ; CE 1er juillet 1952, Société X, p. 342 ; CE 26 mars 1965, Dame veuve Moulinet, p. 209 ; CE 14 mai 1965, Association départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, p. 279 ; CE 9 mars 1966, Meyer, p. 200 ; CE 8 novembre 1968, Ministre des finances c/ Menez, p. 557 ; CE Sect. 7 mars 1969, Association touristique des cheminots, p. 141 ; CE 30 juin 1971, Dame veuve Brault, p. 494 ; CE 20 juin 1973, Chevrel, p. 420 ; CE Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274 ; TA Paris 18 décembre 1975, Société Géo, p. 784 ; CE 22 octobre 1976, Dame le Cherruyer, p. 439 ; CE 23 janvier 1981, Causer, p. 555 ; CE 25 janvier 1985, Ministre de la défense c/ Dufrenne, p. 452 ; CE 22 janvier 1988, Commune de Levallois-Perret, p. 570.

examen *a priori* isole trois situations dans lesquelles la tentation d'un dépassement des effets de la déclaration d'illégalité semble justifiée.

Dans le cadre même du litige au cours duquel est prononcée la déclaration, une partie peut souhaiter aller au-delà du constat d'inapplicabilité de l'acte en l'espèce.

D'une part, l'administration peut désirer s'opposer à l'annulation de l'acte d'application en lui recherchant un autre fondement. Elle est ainsi encline à opérer une substitution de base légale qui conduirait à rejeter le recours malgré la déclaration d'illégalité.

D'autre part, lorsque c'est elle, au contraire, qui a soulevé avec succès l'exception pour se défendre de ne pas avoir appliqué l'acte dans le cadre de la décision attaquée, le requérant peut avoir, par précaution, invoqué la contrariété de cette même décision à un autre acte.

Dans l'un et l'autre cas, le juge est sollicité, après la déclaration d'illégalité et malgré elle, d'examiner le recours au regard d'un autre acte, prétendu applicable au litige.

Enfin, la déclaration d'illégalité pour borner ses effets directs au seul débat contentieux qui l'a générée, n'a-t-elle aucune incidence sur l'ordonnancement juridique en général ? La jurisprudence Ponard, en ce qu'elle affirme qu' "il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif"⁶⁸ conduit à s'interroger, du moins après la déclaration d'illégalité d'un règlement, sur les possibilités d'action de l'administration. Ne pouvant plus appliquer cet acte, en vertu de la jurisprudence Ponard et non par l'effet de la déclaration, à quel droit peut-elle dorénavant faire appel pour poursuivre sa mission dans le respect du principe de légalité ?

⁶⁸ CE Sect. 14 novembre 1958, Ponard, p. 554.

Ces trois hypothèses justifient une étude des effets de la déclaration d'illégalité non plus seulement sur l'acte en cause, mais, plus largement, sur le droit désormais applicable.

SECTION II - LES EFFETS SUR LE DROIT DÉSORMAIS APPLICABLE.

Les trois hypothèses dans lesquelles le débat sur les effets de la déclaration d'illégalité est déplacé vers l'examen d'un autre droit éventuellement désormais applicable, tant au litige concerné qu'aux situations futures, peuvent parfois tourner court. Pour qu'un droit puisse remplacer la norme déclarée illégale, il est indispensable que celle-ci ait pris la suite, au jour de son entrée en vigueur, d'un acte précédent, alors abrogé. C'est, en effet, à cette seule condition que se pose la question du droit applicable après la déclaration d'illégalité.

Si aucun autre acte n'est jamais venu régler le même point de droit, le juge, qui ne peut, par des principes aussi absolus que logiques, faire oeuvre d'administrateur ni formuler des arrêts de règlement, doit, selon les hypothèses envisagées plus haut, refuser la substitution de base légale et annuler l'acte d'application, ou rejeter le recours contre le refus d'appliquer le texte illégal. L'administration, quant à elle, est alors confrontée à un vide juridique qui ne cessera qu'avec l'édiction d'un texte remplaçant l'acte déclaré illégal et donc inapplicable.

Le problème des effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable n'existe, dès lors, que dans le cas où l'acte déclaré illégal a abrogé un acte antérieur.

Ce dernier revit-il du seul fait de la déclaration ? Autorise-t-il ainsi soit le

rejet du recours contre l'acte d'application attaqué grâce à une substitution de base légale, soit l'annulation du refus d'application du droit illégal comme contraire au droit désormais applicable, soit, enfin, l'édiction, par l'administration et à l'avenir, de décisions sur son fondement ?

Tels sont les enjeux des effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable. Il n'est pas étonnant que les effets sur l'acte se prolongent en la matière et ainsi que la déclaration d'illégalité ne fasse pas revivre le droit abrogé, celui-ci n'étant applicable qu'au gré de l'administration.

§ I - LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ NE FAIT PAS REVIVRE LE DROIT ABROGÉ.

Le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé est solidement établi en droit français. Il n'est pas remis en cause par l'application, en raison de la déclaration d'illégalité, du droit non abrogé par l'acte illégal mais connaît, toutefois, des exceptions de portée limitée.

A - Le principe.

La déclaration d'illégalité n'autorise pas, par elle-même, à se tourner vers le droit que l'acte en cause avait abrogé à son entrée en vigueur. Ce principe repose sur un fondement qui le rend incontestable.

1 - Le fondement du principe.

Les effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable ne sont que le prolongement logique de ses effets sur l'acte qu'elle vise. C'est donc dans les conséquences de ces derniers qu'il faut trouver le fondement de la non-

résurrection du droit abrogé.

L'examen du sort de l'acte déclaré illégal a montré qu'il ne disparaissait pas de l'ordonnancement juridique mais qu'il était seulement reconnu inapplicable au litige considéré. Que déduire de cela quant à l'actuelle interrogation ?

Rien d'original. La logique juridique s'oppose à la résurrection de l'acte antérieur par le seul fait de la déclaration d'illégalité de l'acte abrogatif, parce que, ce dernier n'ayant pas disparu, une coexistence entre les deux normes serait aberrante.

Telle est la "logique imparable"⁶⁹ de l'arrêt Bargain, explicitée par le commissaire du gouvernement, M. Bacquet. "La disposition (...) que le juge déclare illégale par la voie de l'exception ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique : son application est seulement paralysée. Le fait qu'elle subsiste nous paraît rendre impossible le retour à l'état de droit antérieur, qui a été et qui demeure abrogé. La situation de droit qui résulte de l'exception d'illégalité est donc complètement différente de celle qui découle d'une annulation"⁷⁰.

Si cette dernière fait revivre *ipso facto* le droit antérieur, il ne saurait en aller de même pour la déclaration d'illégalité en raison de la différence fondamentale entre ces deux procédés : l'un fait disparaître un acte rétroactivement, l'autre le laisse intact mais constate que son illégalité, *ab initio* ou acquise par l'écoulement du temps, en empêche occasionnellement l'application.

Faute de supprimer la dernière couche du *corpus* juridique, la déclaration d'illégalité ne permet pas d'appliquer la pénultième qui reste irrémédiablement masquée.

Le juge est comme l'archéologue. Sur le site étudié existent, les unes au dessus des autres, de multiples couches de sédiments riches, peut être, de vestiges à extraire. Mais les choses sont ainsi faites qu'il ne peut examiner les

⁶⁹ H. Toutée, concl. sur CE Sect. 8 juin 1990, Assaupamar, *RFDA* 1991, p. 149.

⁷⁰ A. Bacquet, concl. sur CE Ass. 18 janvier 1980, Bargain, *RA* 1980, p. 151.

couches inférieures qu'après avoir sacrifié les couches superficielles. Il lui est impossible de conserver les unes et les autres pour les fouiller simultanément. Là s'arrête l'analogie : l'archéologue est maître de son choix. Lui seul décide de l'époque qu'il désire examiner et rien ne l'empêche de faire disparaître les couches sédimentaires qui l'en séparent.

Bien plus étroite est la liberté du juge en matière d'exception d'illégalité. Comme l'archéologue, il ne peut faire coexister deux couches de l'ordonnancement juridique, mais il ne peut pas non plus choisir celle qu'il va favoriser.

La logique de tout système juridique s'oppose, en effet, à ce que coexistent deux normes contraires - puisque l'une a abrogé l'autre - pour régler un même point de droit.

Une autre solution attenterait aux principes d'unité, d'égalité et de sécurité qui fondent le droit. Accepter que deux normes opposées puissent permettre de trancher une seule question de droit, c'est nier les fondements mêmes d'un système juridique. "L'abrogation des textes antérieurs par l'acte dont le juge a reconnu l'illégalité par voie d'exception, cette abrogation demeure et les textes antérieurs ne peuvent revivre. Adopter une autre solution aboutirait à faire revivre ensemble deux textes contradictoires, le dernier acte qui n'est pas annulé et le texte antérieur qui revivrait de ses cendres..."⁷¹.

En d'autres termes, "en voulant assimiler annulation pour excès de pouvoir et exception d'illégalité, on risquerait (...) d'aboutir à une situation juridiquement étrange, dans laquelle les dispositions du texte abrogé "revivraient", sans qu'ait pour autant disparu le texte l'abrogeant"⁷².

Le syllogisme est imparable. La déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte de l'ordonnancement juridique ; dès lors, la coexistence de deux normes

⁷¹ G. Peiser, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, Mélanges Auby, p. 277.

⁷² Y. Robineau, M-A. Feffer, chr. sous CE Ass. 18 janvier 1980, Bargain, *AJDA* 1980, p. 91.

contradictoires sur un même point de droit étant impossible, la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre l'acte abrogé et ne permet donc pas de l'appliquer désormais.

Malgré son apparente solidité, en raison de son fondement profondément enraciné dans la logique juridique, le principe a fait l'objet de diverses tentatives de contestation. Elles ne parviennent cependant pas à convaincre.

2 - Le caractère incontestable du principe.

Deux constructions doctrinales ont essayé de montrer que la déclaration d'illégalité d'un acte administratif fait d'elle même revivre le droit auquel il a succédé. Procédant moins par une attaque frontale des fondements du principe que par un habile contournement de ceux-ci, elles échouent cependant dans leur tentative. Elles renforcent d'autant, et malgré elles, la solidité du principe.

a - L'insuffisante invocation de l'illégalité de l'effet abrogatif.

Cette première proposition est séduisante tant elle semble simple, presque évidente. Le raisonnement de ses auteurs est le suivant : la déclaration d'illégalité ne borne pas ses effets au contenu positif de l'acte, elle vise aussi son contenu négatif, c'est-à-dire son caractère abrogatif du droit antérieur. Dès lors, la conclusion s'impose : reconnaissant l'illégalité de l'abrogation, elle autoriserait nécessairement la résurrection de l'acte disparu.

La démonstration en a été vigoureusement faite par M. Genevois. "Lorsqu'il est soutenu que le texte qui est déclaré illégal par la voie de l'exception ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique et voit seulement ses effets paralysés dans un litige déterminé, cela vise en réalité deux choses. D'une part, les dispositions contenues dans le règlement dont l'illégalité est constatée par le juge

ne peuvent recevoir application. D'autre part, le règlement illégal, en tant qu'il a abrogé de précédentes dispositions, ne peut lui non plus recevoir application. Cela conduit alors à ce que la règle antérieure, si elle a été illégalement abrogée, puisse à nouveau produire effet⁷³.

Il semble, toutefois, que le raisonnement proposé ne suffise à conclure en ce sens.

Rien ne saurait dénier la valeur de sa première partie. La déclaration d'illégalité d'un acte abrogatif vise tant les nouvelles dispositions qu'il contient que leur caractère contraire au droit antérieur et donc, également, l'abrogation implicite ou explicite qu'il produit. "La logique veut qu'admettre l'illégalité d'un acte même par voie d'exception, c'est admettre que cet acte est illégal dans sa totalité y compris lorsqu'il abroge l'acte précédent. On voit mal pourquoi seule l'abrogation de l'acte antérieur échapperait à l'illégalité"⁷⁴.

Plus encore, "si l'on admet que ce règlement ne peut plus avoir d'effet, pourquoi choisir de maintenir l'un desdits effets, et celui-là seul, qui est son effet abrogatif ?"⁷⁵.

La question est particulièrement pertinente au regard de l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'acte. Entaché totalement ou partiellement d'illégalité, il est, dans cette mesure, intégralement illégal. C'est-à-dire que ses dispositions sont illégales en tout ou en partie mais que, pour cette part, l'illégalité vaut aussi pour leur caractère abrogatif.

La démonstration est jusque là convaincante. Elle échoue toutefois dans sa seconde étape car il est indifférent, au regard des fondements sus-exposés du principe qu'il s'agit de contourner, que soit illégal l'effet abrogatif. En effet, par cela seul que la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte, elle ne le fait en

⁷³ B. Genevois, note sous CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, *AJDA* 1981, p. 429.

⁷⁴ G. Peiser, art préc.

⁷⁵ H. Toutée, concl. préc.

aucun de ses traits. De ce fait, la déclaration d'illégalité de l'abrogation ne touche pas à l'existence de l'acte lui-même, qui seule empêche la résurrection du droit antérieur.

Invoquer l'illégalité de l'abrogation est donc insuffisant puisque, pas plus que l'acte qui la contient, l'abrogation ne disparaît pas dès qu'elle est déclarée illégale. L'acte est inapplicable en l'espèce, son effet abrogatif est également inapplicable mais, l'acte existant toujours, son caractère abrogatif subsiste et s'oppose logiquement à la résurrection du droit antérieur.

Cette proposition doctrinale ne parvient donc pas à résoudre la difficulté née de l'impossible coexistence de deux normes, parce qu'elle ne s'attaque pas au coeur du problème, à la non disparition de l'acte déclaré illégal.

Le même reproche est encouru par la seconde construction formulée pour tenter de justifier que la déclaration d'illégalité fasse revivre le droit abrogé.

b - L'insuffisante invocation de l'applicabilité d'une seule des deux normes.

Un certain nombre d'auteurs ont exposé, le plus souvent conjointement à la précédente, une seconde analyse qui permettrait d'éviter le reproche de la coexistence de deux normes en cas de résurrection du droit antérieur à l'acte déclaré illégal.

Ils admettent d'emblée, toutefois, qu'ils procèdent par une interprétation restrictive de l'interdiction de faire coexister deux règles contraires. "Le fait de s'engager dans cette voie ne nous paraît pas se heurter à des obstacles insurmontables. C'est ainsi que l'argument tiré de ce qu'il serait très fâcheux de faire coexister, à un moment donné, deux corps de règles, le règlement déclaré illégal mais non annulé, et le texte antérieur qui a été abrogé, doit être ramené à sa juste mesure. S'il y a bien deux règles qui coexistent, une seule est susceptible

de recevoir légalement application”⁷⁶.

Le raisonnement est simple. Admettre que la déclaration d’illégalité fait revivre le droit antérieur à l’acte illégal ne porte guère atteinte au principe selon lequel deux normes ne peuvent coexister dans la mesure où une seule est applicable. Il n’y aurait pas applicabilité simultanée de deux actes contradictoires et le principe ne serait pas en jeu.

“La crainte du risque de complications qui pourraient résulter de la coexistence de deux réglementations différentes n’est pas justifiée, puisque l’une d’entre elles seulement sera applicable”⁷⁷.

La solution a pour autre avantage d’éviter le vide juridique qui résulterait de la combinaison de la déclaration d’illégalité et de la jurisprudence Ponard. “En effet, si, dans la ligne de la décision Bargain, on décide que le règlement déclaré illégal par la voie de l’exception fait obstacle par sa seule existence, à ce que revive le texte antérieur légal, l’administration qui, d’après la jurisprudence, est tenue de ne pas faire application d’un texte illégal se verrait alors privée de la possibilité d’appliquer toute règle de droit jusqu’à l’édiction d’une norme nouvelle légalement prise, ce qui peut nécessiter certains délais”⁷⁸.

La norme antérieure étant à nouveau applicable, en raison inverse de l’inapplicabilité de l’acte déclaré illégal, la construction proposée serait “seule susceptible d’éviter la création de façon artificielle de vides juridiques”⁷⁹.

Malheureusement, cette proposition ne paraît pas plus opérante que la précédente. Elle échoue dans son entreprise dans la mesure où le problème n’est pas de savoir si deux normes contraires peuvent être co-applicables mais bien plutôt de savoir si elles peuvent coexister. Leur applicabilité respective est indifférente dès lors que l’existence de l’une exclut l’existence de l’autre. Telle est

⁷⁶ B. Genevois, note préc.

⁷⁷ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n°896.

⁷⁸ B. Genevois, note préc.

⁷⁹ Ibid.

la portée du principe qui interdit l'application simultanée de textes contraires.

Or comme la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte au profit du droit antérieur, la démonstration bute sur le constat irréductible de ce qu'un seul acte existe toujours, avant comme après la déclaration. Qu'il soit désormais inapplicable, en vertu d'ailleurs de la jurisprudence Ponard et non de la déclaration d'illégalité, est insuffisant dès lors qu'il subsiste et empêche toute résurrection du droit antérieur, fût-il, quant à lui, légal.

Malgré l'ingéniosité de ces deux constructions visant à tourner les effets, fort gênants en apparence, de l'interdiction de faire coexister deux normes opposées, elles achoppent en ce qu'elles ne permettent pas de déroger à l'absence de disparition de l'acte déclaré illégal.

Existant toujours, son effet abrogatif ne disparaît pas plus, son inapplicabilité est indifférente. Rien ne peut faire que le droit antérieur à l'acte déclaré illégal revive par le seul effet de la déclaration d'illégalité. Rien n'empêche toutefois, que s'applique, de ce seul fait, le droit non abrogé.

B - La portée du principe : l'applicabilité du droit non abrogé.

Le principe sus-exposé ne soulève dans son application que fort peu de difficultés : la déclaration d'illégalité ne suffit pas à la résurrection du droit abrogé par l'acte en cause. Elle ne peut combler un vide qu'elle n'a pas créé puisque l'acte déclaré illégal n'a pas disparu.

Le principe, cependant, n'interdit pas d'appliquer, du fait de la déclaration d'illégalité, les actes éventuellement non abrogés. La proposition peut surprendre. Comment affirmer tour à tour que la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé mais autorise néanmoins l'application d'un autre droit, fût-il non abrogé ? Pourquoi la prohibition de la coexistence de deux normes s'oppose-t-elle

à l'un et non à l'autre cas ?

La réponse tient évidemment en la différence de situations entre eux. Les obstacles décisifs qui empêchent que la déclaration ressuscite par elle-même le droit abrogé ne jouent pas lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit non abrogé. En effet, par définition, point n'est besoin de faire revivre ce dernier qui n'a pas disparu, et donc, point n'est besoin que disparaisse l'acte visé par l'exception d'illégalité.

La jurisprudence offre deux types d'illustrations de l'application d'un texte autre que celui déclaré illégal. Il s'agit toujours d'un texte non abrogé par ce dernier, soit qu'il n'ait pu l'abroger, soit qu'il ne l'ait pas abrogé.

1 - L'acte déclaré illégal n'a pu abroger le droit antérieur.

L'hypothèse semble, *a priori*, appartenir à la catégorie visée par le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit précédent. En effet, elle confronte à l'exception d'illégalité d'un acte abrogatif suivie, par le seul effet de la déclaration, de l'application du droit abrogé. La contradiction avec les développements antérieurs n'est pourtant qu'apparente.

La déclaration d'illégalité a un tel effet positif parce que l'acte qui en est l'objet, malgré son but abrogatif, n'a pu réussir. Il en est ainsi en cas de règlement abrogeant une loi. L'examen de la jurisprudence en la matière fait apparaître que la déclaration consacre moins l'illégalité de l'acte, que son inexistence.

a - La jurisprudence.

Le constat est surprenant : nombre de règlements prétendent abroger des lois, malgré l'évidente atteinte à la séparation des pouvoirs qui en résulte. Saisis de leur illégalité par voie d'exception, tous les juges admettent que la déclaration d'illégalité permet d'appliquer aussitôt la loi qui n'a, en réalité, jamais disparu. "Il

existe tout un courant jurisprudentiel qui tend à dénier toute valeur juridique à une disposition réglementaire qui a illégalement abrogé une disposition de nature législative⁸⁰.

Une première illustration peut être trouvée dans la jurisprudence du Tribunal des conflits qui, chargé de trancher les difficultés de détermination des compétences respectives des deux ordres de juridiction, est parfois amené à examiner la légalité des actes administratifs intervenus en la matière.

Cela découle de la Constitution elle-même. “Par application des dispositions de l’article 34 de la constitution, en vertu desquelles la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques, c’est au législateur seul qu’il appartient de fixer les limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaires⁸¹. Tout règlement ayant attribué à l’une ou à l’autre une compétence intervient dans le domaine législatif et doit en conséquence être considéré comme illégal.

Une simple déclaration d’illégalité serait insuffisante car, outre la violation des articles 34 et 37, l’abrogation par la voie réglementaire d’une loi est d’une gravité exceptionnelle. Elle remet en cause l’équilibre et la séparation des pouvoirs tels qu’ils sont entendus en France depuis la Déclaration des droits de l’homme de 1789.

En outre, mais l’argument porte cette fois sur la mission du juge des compétences, le Tribunal des conflits ne saurait se contenter d’une classique déclaration d’illégalité. En effet, celle-ci rendrait seulement le texte inapplicable en l’espèce et interdirait de faire revivre le texte abrogé. Il en résulterait un déni de justice puisqu’aucune juridiction ne serait compétente pour trancher le litige. Cette seule considération est une invitation à dépasser le raisonnement classique.

⁸⁰ B. Genevois, note préc.

⁸¹ TC 2 mars 1970, Société Duvoir c/ SNCF, p. 385, concl. Braibant, *D* 1970, J, p. 695, note L.H.

Quelle est alors l'issue ? Dans la mise à l'écart du règlement par une déclaration d'illégalité et la considération de ce que la loi abrogée n'a, en fait, jamais cessé d'être en vigueur. Tout se passe comme si elle n'avait pas été abrogée.

Cela est exprimé dans l'arrêt Société Duvoir, où, après avoir exposé le principe cité plus haut, le Tribunal des conflits, s'intéressant à l'espèce, ajoute "dès lors, les auteurs du décret n'ont pu modifier les règles de répartition de ces compétences en matière de colis postaux, telles qu'elles résultaient des dispositions législatives susmentionnées ; par suite, les juridictions administratives sont demeurées compétentes pour connaître des litiges nés entre la SNCF et les expéditeurs de colis postaux"⁸².

Certes, "le décret de 1958 n'est pas pour autant annulé, le Tribunal des conflits n'ayant pas qualité pour le faire et n'ayant pu que constater le caractère inopposable à l'action de la Société Duvoir"⁸³, mais il s'efface au profit de l'ordre juridique antérieur par l'effet de la déclaration d'illégalité.

L'arrêt n'est pas isolé au sein de la jurisprudence du Tribunal des conflits⁸⁴. "Dans ces différentes hypothèses, le Haut Tribunal a fixé les règles de compétence applicables, non pas en fonction des textes réglementaires jugés illégaux par la voie de l'exception, mais au regard des dispositions législatives antérieures à ces textes"⁸⁵.

Il y a là une telle atteinte au principe précédemment exposé qu'une étude du fondement de la solution s'impose. Elle sera menée ultérieurement puisqu'elle prévaut également devant les juges administratif et judiciaire.

De nouvelles illustrations de ce que, parfois, la déclaration d'illégalité d'un

⁸² TC 2 mars 1970, Société Duvoir c/ SNCF, préc.

⁸³ L. H., note préc.

⁸⁴ V. également TC 7 décembre 1970, Riehm c/ ORTF, p. 895 ; D 1971, p. 611, note J. Chevallier ; TC 27 avril 1981, Société anonyme "Les fils de Jules Bianco", p. 503.

⁸⁵ B. Genevois, note sous CE Ass. 29 avril 1981, Ordre des architectes, AJDA 1981, p. 429.

règlement permet d'appliquer au litige la loi qu'il prétendait abroger peuvent être trouvées dans les jurisprudences administrative et judiciaire.

Ces juges sont d'abord susceptibles d'être confrontés à la même difficulté que le Tribunal des conflits. Pour déterminer leur compétence, ils sont conduits à déclarer illégaux les actes administratifs intervenus en la matière⁸⁶. Comme devant le Tribunal des conflits, la déclaration d'illégalité est alors considérée comme ressuscitant aussitôt la loi illégalement abrogée. Le Conseil d'État semble avoir ainsi raisonné dans un lointain arrêt de 1832⁸⁷ dans lequel il considère que, faute de loi en ce sens, un acte administratif n'a pu transférer une compétence aux juridictions administratives et renvoie alors les justiciables devant les juges civils, désignés juges de droit commun. La déclaration d'illégalité permet l'application immédiate des règles de droit commun.

Le plus souvent, ce ne sont cependant pas des problèmes de compétence juridictionnelle qui provoquent la mise à l'écart d'un règlement abrogeant une loi et l'application de celle-ci. Cela se produit en tout domaine aussi bien devant le juge judiciaire que devant le juge administratif.

Ainsi la Chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle reconnu dans un arrêt de 1951 qu'il "appartient au seul pouvoir législatif, par application de l'article 6 de la Constitution du 4 octobre 1946, de créer des inéligibilités ; l'intervention du pouvoir exécutif en pareille matière étant contraire à la disposition constitutionnelle susrappelée, il en résulte que les textes réglementaires y relatifs sont inopérants et de nulle efficacité juridique ; en conséquence, la cour aurait eu le droit et le devoir de statuer au fond en tenant pour non avenu le décret susvisé, sans attendre que sa nullité ait été prononcée par le Conseil d'État"⁸⁸.

⁸⁶ Pour une application du caractère législatif de la détermination des compétences juridictionnelles, v. CE Ass. 30 mai 1962, Association nationale de la meunerie, p. 233 ; *AJDA* 1962, p. 285, chr. Galabert et Gentot, *D* 1962, p. 631, concl. Bernard.

⁸⁷ V. CE 29 mars 1832, Mont de piété de Strasbourg, p. 127.

⁸⁸ Crim 26 avril 1951, *D* 1951, J, p. 601, rapp. Pépy.

La jurisprudence administrative est naturellement plus fournie en la matière. Elle s'est notamment manifestée dans un arrêt Dame veuve Caffort, rendu par l'Assemblée du Conseil d'État en 1966. Saisi d'un problème d'application du code de l'administration communale, le juge considère que "ledit code annexé au décret du 22 mai 1957, qui n'a pas été validé, n'a pu ni abroger, ni modifier au fond aucune des dispositions législatives en vigueur au moment de son intervention ; les dispositions législatives en vigueur à cette date en matière de sépulture résultaient du décret du 23 prairial an XII, et de la loi du 26 octobre 1943, lesquels n'avaient pu être remplacés par le décret du 26 septembre 1953 qui ne tenait en effet ni de la loi du 17 août 1948, ni d'aucune autre disposition législative le pouvoir de modifier lesdits textes"⁸⁹. Il applique alors les dispositions illégalement abrogées.

La solution est identique dans l'arrêt Ordre des architectes, dont le retentissement résulte de son immédiate succession à l'arrêt Bargain avec lequel il semble en totale contradiction.

"Les dispositions du décret du 12 novembre 1938, pris en vertu de la loi du 5 octobre 1938 et relatif aux marchés des collectivités locales et des établissements publics (...) ont donné compétence au pouvoir réglementaire pour étendre aux marchés des collectivités locales (...) les dispositions applicables aux marchés de l'État ; les dispositions de l'article 34 de la Constitution n'ont pas eu pour effet de transférer au législateur la compétence attribuée au gouvernement par les textes susvisés qui sont de nature législative, et n'ont pu être légalement abrogés le premier par le décret du 28 novembre 1966, le second par le décret du 25 juillet 1960"⁹⁰.

⁸⁹ CE Ass. 4 février 1966, Dame veuve Caffort, p. 77.

⁹⁰ CE Ass. 29 avril 1981, Ordre des architectes, *AJDA* 1981, p. 429, note Genevois. V. également pour d'autres applications de la solution, CE Sect 9 octobre 1964, Meunier, p. 454 ; CE 17 janvier 1969, Maire de la commune de Saint Laurent L'abbaye, p. 25 ; CE Ass. 25 juillet 1972, Saingery, p. 555 ; CE Ass. 13 juin 1975, Pajaniandy, p. 350 ; *D* 1977, p. 74, note Bidegaray ; CE 3 juin 1983, Vincent, p. 277 ; *AJDA* 1983, p. 479, note Chapuisat ; CE 10 février 1984, Association les amis de la Terre, p. 55 ; *RJE* 1984, p. 211, note Colson ; *CJEG* 1984, p. 308, concl. Jeanneney ; CE 15

Le juge, dans l'arrêt *Ordre des architectes*, admet alors "que l'illégalité des abrogations opérées par l'article 2 du décret du 28 novembre 1966 et par l'article 34 du décret du 25 juillet 1960, bien que constatée seulement par la voie de l'exception, avait pour conséquence de faire revivre les dispositions illégalement abrogées"⁹¹. Ce faisant, il s'inscrit dans une jurisprudence classique et "paraît simplement confirmer que les dispositions législatives auxquelles un règlement s'est illégalement substitué, parfois en les abrogeant froidement, demeurent applicables (mais ce n'est pas nouveau)"⁹².

Aussi solide soit-elle, une assise jurisprudentielle ne suffit pas à admettre une telle dérogation au principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé. Un examen des fondements de cette jurisprudence s'avère indispensable. L'appel à la théorie de l'inexistence permet de conserver l'unité de l'état du droit.

b - Le fondement : l'inexistence de l'acte.

Certains auteurs ont tenté de défendre les jurisprudences *Société Duvoir* et *Ordre des architectes* en recourant à l'idée de la disparition des effets abrogatifs du règlement déclaré illégal. "On peut (...) considérer que, dans la mesure où l'exception d'illégalité reconnue paralyse les effets d'un acte, il est logique que, s'agissant d'un décret qui avait pour effet d'abroger une disposition législative, le maintien en vigueur de celle-ci n'est que la conséquence de la paralysie des effets de celui-là"⁹³.

La démonstration n'est, cependant, pas plus convaincante dans le cas du

février 1984, *Association industrielle du Territoire de Belfort*, p. 66 ; CE 24 février 1992, *Ministre du budget*, *DA* 1992, n°198 ; CE 4 mars 1994, *Comité Stop Nogent*, *RFDA* 1994, p. 632, n°29.

⁹¹ B. Genevois, note préc.

⁹² H. Toutée, concl. sur CE Sect. 8 juin 1990, *Assaupamar*, *RFDA* 1991, p. 149.

⁹³ J. Arrighi de Casanova, concl. sur TA Versailles 22 mai 1987, *Madame Selz c/ Commune de Rubelles*, *AJDA* 1987, p. 674.

règlement abrogeant une loi qu'elle ne l'est quand elle prétend à l'universalité. Seule justifie la résurrection de la loi, la disparition du règlement. La simple paralysie de son effet abrogatif est insuffisante.

La solution est donc ailleurs : dans la démonstration de ce que la déclaration d'illégalité d'un règlement abrogeant une loi revêt une telle spécificité que ne saurait lui être opposé le principe de non-résurrection du droit antérieur.

Ce particularisme n'est pas manifeste. "Comment l'analyse juridique peut-elle justifier qu'une déclaration d'illégalité ait des effets variables ? Une abrogation est une abrogation. L'illégalité liée à l'abrogation d'une loi n'est pas d'une nature ou d'un degré autres que celle qui résulte de l'abrogation d'un règlement. Alors pourquoi seule la loi va-t-elle revivre ? Parce qu'elle est (ou était) une loi ? C'est la seule réponse possible et il ne semble pas qu'elle soit acceptable"⁹⁴.

La conclusion du raisonnement conduit alors le professeur Chapus à un renversement de l'analyse. L'arrêt *Ordre des architectes* ne pouvant être conçu comme une dérogation à la jurisprudence *Bargain*, faute de pouvoir jouir d'une justification autonome, doit plutôt se concevoir comme un revirement de jurisprudence. "Il est ainsi normal de considérer que l'arrêt des *Architectes* a vocation à acquérir une portée générale"⁹⁵.

Cette opinion a cependant fait l'objet de réserves au sein même du Conseil d'État⁹⁶. Elle ne correspond pas à la jurisprudence actuelle qui accepte de faire revivre les dispositions abrogées par l'acte déclaré illégal seulement lorsqu'elles sont de nature ou de valeur législative⁹⁷. Il faut donc croire que l'hypothèse est particulière.

⁹⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 896.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ V. H. Toutée, concl. préc. : "Toute révérence gardée envers le professeur Chapus, nous ne sommes pas sûrs - et d'ailleurs assez certain que lui-même ne l'est pas - que vous soyez, à proprement parler, revenus sur l'arrêt *Bargain* par l'arrêt *Ordre des architectes*".

⁹⁷ V. les arrêts CE 10 février 1984, *Association les amis de la Terre*, préc. ; CE 24 février 1992, *Ministre du budget*, préc. ; CE 4 mars 1994, *Comité Stop Nogent*, préc.

Elle l'est par la violation grave de la séparation des pouvoirs qu'elle censure. Une chose est pour un règlement d'intervenir dans une matière législative, une autre est pour lui de décider *proprio motu* d'abroger une loi en vigueur. L'illégalité est infiniment plus grave car elle remet en cause la séparation des pouvoirs. Comment alors ne pas la condamner de manière énergique, avec une sévérité réservée aux illégalités les plus graves ?

“L'idée est peut être qu'un règlement qui abroge une loi est entachée d'une telle illégalité qu'il frôle l'inexistence”⁹⁸. Elle est séduisante car, à l'instar d'une déclaration d'inexistence, “la démarche adoptée par l'Assemblée du contentieux consiste à réputer comme non écrite une disposition réglementaire qui a abrogé à tort une disposition de force législative ou de nature législative”⁹⁹.

L'inexistence d'un tel règlement a été suggérée par Laferrière qui liait l'inexistence à une usurpation de pouvoirs. Selon lui, il y a inexistence “dans des cas graves d'empiétement d'un administrateur sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir judiciaire. Ainsi un décret qui empiéterait sur les pouvoirs du Parlement (...) en édictant des dispositions législatives (...) [pourrait] être considéré(...) comme non venu(...) et non obligatoire(...) par le tribunal devant lequel on voudrait s'en prévaloir, sans qu'il fût besoin qu'un arrêt du Conseil d'État eut prononcé [son] annulation. Si, en effet, il était nécessaire de recourir à la procédure d'excès de pouvoir pour faire tomber des actes entachés d'une incompétence aussi absolue, on pourrait en conclure que ces actes peuvent acquérir un caractère définitif et obligatoire s'ils ne sont pas attaqués dans le délai de trois mois ; or cette ratification tacite, admissible pour un acte annulable, ne saurait l'être pour un acte légalement inexistant”¹⁰⁰.

Considérer que les arrêts Société Duvoir et Ordre des architectes ne font

⁹⁸ H. Toutée, concl. préc.

⁹⁹ B. Genevois, note préc.

¹⁰⁰ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., T. II, p. 470.

que tirer les conséquences logiques de l'inexistence du règlement permet de redonner son unité à un état du droit sinon contradictoire.

L'inexistence suffit à expliquer qu'il soit fait échec au principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit antérieur. Elle seule, en effet, autorise un juge à faire disparaître l'acte alors même que sa contestation n'est opérée que par voie d'exception. Il convient de rappeler à cet égard que l'inexistence peut être constatée d'office à toute époque et par n'importe quel juge. Tout s'éclaire alors. La déclaration de l'inexistence d'un règlement abrogeant une loi conduit à le considérer comme nul et non avenu et à le faire disparaître *ipso facto*.

Rien ne s'oppose donc à ce que la loi qu'il abrogeait soit considérée comme applicable. Tout se passe comme si elle n'avait jamais été abrogée puisque son abrogation est qualifiée de nulle et non avenue. La déclaration d'illégalité ne fait alors pas revivre le droit abrogé mais permet seulement d'appliquer le droit non abrogé.

Aucun des obstacles précédemment énumérés ne l'interdit. Même si la disparition de l'acte n'est pas demandée, elle peut être prononcée puisque l'inexistence est un moyen d'ordre public. Elle peut l'être par tout juge et donc également par le juge de l'action. Les règles de délai ne jouent pas puisque l'acte inexistant est insusceptible d'acquérir un caractère définitif. Enfin, aucune coexistence de deux normes contraires n'est à craindre puisque, précisément, l'acte inexistant, sitôt caractérisé, disparaît de l'ordonnancement juridique.

Tous ces éléments permettent d'affirmer la spécificité de l'hypothèse du règlement abrogeant une loi et, ainsi, de justifier ses effets particuliers.

Deux précisions sont à apporter pour conclure la démonstration.

En premier lieu, si celle-ci est exacte, elle doit coïncider avec les cas dans lesquels une inexistence a été caractérisée à la suite d'une exception d'illégalité. Ce qui vaut pour le règlement abrogeant une loi, vaut-il donc pour d'autres types

d'inexistence ?

Malgré la faible jurisprudence en la matière, il semble qu'une réponse positive prévale. Par un arrêt Rosan Girard, l'Assemblée plénière du Conseil d'État, après avoir constaté par voie d'exception l'inexistence d'un arrêté préfectoral déclarant lui-même inexistantes des opérations électorales, a considéré que la proclamation des résultats de celles-ci redevenait exécutoire. La solution est donc parfaitement identique aux jurisprudences Société Duvoir et Ordre des architectes. Ces dernières jouissent ainsi d'une assise parfaite et ne contredisent pas le tableau jusqu'ici dressé des effets de la déclaration d'illégalité.

En second lieu, et cette nouvelle remarque est une conséquence de la précédente, les jurisprudences en cause heurtent d'autant moins le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé qu'elles ne mettent, en réalité, en jeu qu'une déclaration d'inexistence. Telle est l'explication finale. Malgré l'absence des expressions usuelles en cas d'inexistence, qui constatent que l'acte est "nul et non avenue" ou "nul et de nul effet", les arrêts présentés ne sont qu'une modalité particulière de la théorie de l'inexistence. La mise en oeuvre de celle-ci par voie d'exception explique, peut être, la réticence du juge à affirmer pleinement qu'il procède à une déclaration d'inexistence.

Une chose est acquise cependant. Qu'ils soient envisagés sous l'angle de la déclaration d'illégalité ou sous celui de la déclaration d'inexistence, ces arrêts sont compatibles avec le principe mis en oeuvre dans l'affaire Bargain. Si la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé par l'acte, elle autorise néanmoins l'application du droit qu'il n'a pu abroger.

Une seconde hypothèse est maintenant à examiner. Elle vise le cas où l'acte dont l'illégalité est excipée n'a rien abrogé.

2 - L'acte déclaré illégal n'a rien abrogé.

“La seconde hypothèse est celle où le règlement déclaré illégal était seulement substitué à une réglementation, aux lieux et place de laquelle il s'appliquait sans l'avoir aucunement abrogée. Ce qu'on peut appeler la réglementation de base n'a ainsi pas disparu de l'ordonnancement juridique ; simplement elle a été comme mise entre parenthèses. Il est alors facile de concevoir que la déclaration de l'illégalité du règlement de substitution ait pour effet de remettre en application la réglementation de base”¹⁰¹.

Les obstacles à la résurrection du droit antérieur n'existeraient donc pas. “On ne doit pas hésiter (...) à faire produire tous ses effets à un régime de droit commun auquel il n'a été dérogé qu'illégalement par un régime spécial”¹⁰².

C'est, en fait, parce que la norme générale n'a pas été abrogée que la déclaration d'illégalité de la norme spéciale autorise son application. N'ayant pas disparu, elle n'a pas besoin de revivre pour être de nouveau applicable et l'acte déclaré illégal n'a pas besoin de disparaître.

Si la déclaration d'illégalité permet d'appliquer la première, c'est en raison de l'organisation originale des rapports entre les normes en cause, organisation voulue par l'administration elle-même. La coexistence, entre deux textes compatibles, était acquise avant la déclaration d'illégalité. Celle-ci n'a donc toujours pour effet que de constater l'inapplicabilité d'un acte en l'espèce mais n'empêche pas d'appliquer *ipso facto* le droit non abrogé.

Les hypothèses, tant théoriques que matérielles, où un tel phénomène se produit sont rares. Deux cas seulement sont à envisager selon que l'acte déclaré illégal dérogeait à une norme générale ou qu'il l'emportait sur une norme supplétive.

¹⁰¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n°896.

¹⁰² R. Abraham, concl. sur CE Sect. 2 mars 1990, Commune de Boulazac, *RFDA* 1990, p. 621.

a - Le cas de la dérogation à une norme générale.

souci de clarté, il convient d'étudier d'emblée la seule illustration jurisprudentielle de la catégorie. Il sera ensuite aisé de justifier celle-ci au travers de celle-là.

C'est par un arrêt de Section rendu sur le requête de la Commune de Boulazac que le Conseil d'État a estimé que la déclaration d'illégalité d'une norme dérogatoire à une norme générale permettait d'appliquer cette dernière au litige pendant.

Les faits de l'espèce étaient simples. Le préfet ayant déféré une délibération du conseil municipal de la commune pour contrariété à l'un de ses arrêtés, l'exception d'illégalité de ce dernier fut soulevée avec succès. Le rejet du déféré aurait alors pu être prononcé si le ministre, en appel, n'avait soulevé le moyen de la contrariété de la délibération à un arrêté ministériel auquel, précisément, l'arrêté préfectoral dérogeait. La difficulté était ainsi de déterminer si, en l'espèce, la déclaration d'illégalité de l'arrêté préfectoral autorisait la confrontation de l'acte attaqué, la délibération, à la norme générale, l'arrêté ministériel.

La déclaration d'illégalité pouvait-elle, au regard des rapports originaux des actes en présence, avoir un effet qui lui est en principe dénié ?

L'examen de ces rapports devait conduire le commissaire du gouvernement, M. Abraham, à proposer une limitation du principe au terme d'un raisonnement particulièrement convaincant. "Il nous semble qu'il n'y a de réelle difficulté que dans l'hypothèse où le second règlement, déclaré illégal, s'est substitué au précédent en l'abrogeant. Tel n'est pas le cas en l'espèce : les arrêtés préfectoraux pris sur le fondement de l'arrêté ministériel de 1982 ont pour objet non d'abroger la réglementation ministérielle, mais d'y déroger, en édictant dans un champ d'application géographique limité des règles d'augmentation des prix des services différentes (...) de celles qui résultent des arrêtés ministériels et qui constituent, en quelque sorte, le droit commun applicable. Nous ne sommes pas

en présence d'un règlement nouveau abrogeant un règlement ancien, mais d'un règlement dérogatoire faisant exception à une réglementation de portée générale. Dans un tel cas, l'hésitation ne nous paraît pas permise : l'illégalité du règlement dérogatoire a nécessairement pour effet de rendre applicable le régime de droit commun, qui n'a pas disparu et qu'il ne s'agit pas de faire revivre"¹⁰³.

L'obstacle traditionnellement opposé à la résurrection du droit antérieur, du fait de la déclaration d'illégalité, n'existe pas ici. Point n'est besoin que la déclaration fasse disparaître l'acte en cause, ce qui est impossible sauf en cas d'inexistence, puisqu'en raison de l'organisation même des rapports entre les actes en présence, tous deux coexistent. L'administration a souhaité poser une norme tout en admettant simultanément qu'il y soit dérogé. Les deux actes ne sont alors contradictoires qu'en apparence : il n'en est rien en réalité puisque c'est la norme générale qui autorise qu'il lui soit dérogé. La coexistence des deux actes est harmonieuse puisqu'il s'opère entre eux une combinaison. Rien ne heurte les principes de base du système juridique. Ce dernier n'admet pas que deux normes contraires régissent la même matière à un moment donné mais il consent à ce que l'état du droit positif résulte de plusieurs normes existantes.

Dès lors, si l'une d'elles vient à être déclarée illégale, point n'est besoin de la faire disparaître pour appliquer l'autre qui existe toujours puisqu'elle fixe le droit en vigueur, du moins en autorisant la dérogation à son propre contenu.

Il est donc logique d'admettre que la déclaration d'illégalité permet d'appliquer le droit auquel il était dérogé mais qui n'était pas abrogé. "Au nom de quoi n'appliquerait-on pas un texte auquel il n'est dérogé que par un texte inapplicable car déclaré illégal ?"¹⁰⁴.

Si cela était nécessaire, il serait encore possible de trouver confirmation de la véracité du raisonnement dans la définition du terme "dérogation" : celui-ci vise

¹⁰³ R. Abraham, concl. préc.

¹⁰⁴ H. Toutée, concl. sur CE Sect. 8 juin 1990, Assaupamar, *RFDA* 1991, p. 149.

une “exception apportée, dans une matière spéciale ou un cas particulier, à une règle générale, qui par ailleurs demeure”¹⁰⁵.

La jurisprudence Commune de Boulazac est par conséquent compatible avec la jurisprudence Bargain dont elle marque seulement une limite, dans un cas marginal il est vrai. “La difficulté qu’il y a à admettre qu’un règlement abrogé puisse continuer à produire des effets juridiques alors que celui qui l’a abrogé n’a pas été annulé mais a seulement été déclaré illégal n’existe pas ici”¹⁰⁶. En effet, “si le règlement illégal se borne à déroger à une réglementation existante, la constatation de son illégalité entraîne le retour au droit commun applicable, qui n’a même pas besoin de “revivre”, puisqu’il n’est jamais mort”¹⁰⁷.

En résumé, “la jurisprudence Bargain serait applicable au cas où un règlement abroge illégalement un autre règlement mais non au cas où ce règlement illégal se borne à déroger à une réglementation existante. Dans ce cas, la constatation de son illégalité entraîne le retour au droit commun applicable qui ne revit pas puisqu’il n’a cessé d’exister”¹⁰⁸.

C’est donc bien parce que l’acte déclaré illégal n’a pas abrogé celui auquel il ne faisait que déroger, que ce dernier est *ipso facto* applicable. Il en est de même lorsque la norme générale est une norme supplétive.

b - Le cas de la substitution à une norme supplétive.

L’existence de normes supplétives est rare en droit public où la puissance publique procède plus par acte d’autorité que par reconnaissance d’une autonomie normative. L’hypothèse se rencontre néanmoins et notamment dans l’organisation des rapports entre l’État et les collectivités locales puisque celles-ci bénéficient

¹⁰⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987.

¹⁰⁶ R. Abraham, concl. préc.

¹⁰⁷ H. Toutée, concl. préc.

¹⁰⁸ E. Honorat, R. Schwartz, chr. sous CE Sect. 8 juin 1990, Assaupamar, *AJDA* 1990, p. 701.

d'un principe constitutionnel de libre administration.

Soucieuse d'assurer le respect par tous de certaines règles générales qui lui paraissent constituer l'encadrement juridique strictement indispensable, la puissance publique ne peut toutefois imposer aux collectivités locales des normes trop contraignantes. Le procédé de la norme supplétive est alors adopté. Il l'est également en matière de police générale puisque les mesures prises au plan national ne s'appliquent qu'en l'absence de restrictions locales. Ces deux cas autorisent la coexistence, au même moment, sur un même territoire de deux normes, dont l'une est temporairement inapplicable car supplétive.

La situation est donc similaire à celle précédemment décrite de la dérogation à une norme générale. Peut-elle alors être reconnue comme autorisant, en raison de la déclaration d'illégalité de la norme locale, la mise en oeuvre immédiate des dispositions supplétives ?

La jurisprudence s'est effectivement prononcée en ce sens dans un domaine très particulier, celui de l'urbanisme. Il s'agit de la jurisprudence Société Géro¹⁰⁹ dont les incidences en matière de lien entre le plan d'occupation des sols et le permis de construire se répercutent sur la portée de la déclaration d'illégalité.

Il semble utile de rappeler que, depuis cet arrêt, le Conseil d'État dissocie nettement les deux actes. "Si le permis de construire ne peut être délivré que pour un projet de construction respectant la réglementation d'urbanisme applicable, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation, il suit de là que l'annulation d'un plan d'occupation des sols n'entraîne pas de plein droit celle d'un permis de construire délivré sous l'empire de ce plan, à l'exception du cas où cette annulation aurait été prononcée en raison de l'illégalité d'une disposition ayant eu pour objet de rendre possible l'octroi du permis litigieux"¹¹⁰.

Il résulte de cette formulation que l'exception d'illégalité du plan

¹⁰⁹ V. supra Deuxième Partie, Chapitre I, p. 352 et s.

¹¹⁰ CE 28 janvier 1987, Comité de défense des espaces verts c/ SA le Lama, *AJDA* 1987, p. 279, concl. Vigouroux ; *CJEG* 1987, p. 688, note Delpirou ; *LPA* 198, n° 49, p. 15, note Moderne.

d'occupation des sols peut être recevable et fondée alors même qu'elle est inopérante. Il en est ainsi parce que pour savoir si le permis de construire est contaminé par les vices du plan, encore faut-il examiner par voie d'exception la légalité de ce dernier. S'il est illégal et que son illégalité a entraîné la délivrance de l'autorisation d'utilisation du sol, cette dernière doit être annulée. Mais si, à l'inverse, l'illégalité du plan n'a aucune influence sur l'autorisation individuelle, son exception d'illégalité, bien que fondée, est sans incidence sur le recours principal. "En remettant en cause l'automaticité de l'illégalité des autorisations d'urbanisme délivrées sur la base d'un POS illégal, la jurisprudence Gépro soulève la question essentielle de la recherche des normes qui seront substituées au POS pour apprécier la régularité des projets contestés"¹¹¹.

"Lorsque l'autorisation est dissociable de l'illégalité du POS, hypothèse la plus fréquente, le juge recherche systématiquement la base légale applicable"¹¹².

Les difficultés soulevées par cette recherche sont alors évidentes lorsque le plan n'est pas annulé mais seulement déclaré illégal. Ne disparaissant pas mais étant inapplicable à l'espèce, est-il possible de procéder à une substitution de base légale au profit de la décision attaquée ?

Le problème a été clairement exposé, dans l'arrêt *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*, par le commissaire du gouvernement, M. Toutée. "La déclaration d'illégalité du plan d'occupation des sols rend-elle à nouveau applicables ou, suivant une terminologie qui nous semble inadéquate, fait-elle "revivre" des textes que l'existence du plan d'occupation des sols avait rendus inapplicables, ou, toujours pour correspondre au verbe "revivre", avait fait descendre aux enfers ? Il est évident que l'illégalité du plan d'occupation des sols ne change rien à l'applicabilité des règles d'urbanisme que l'on qualifie souvent

¹¹¹ Y. Jegouzo, *Incidences de la déclaration d'illégalité d'un plan d'occupation des sols sur les autorisations d'urbanisme, réflexions sur les effets de la jurisprudence Gépro*, CJEG 1991, p. 1.

¹¹² C. Maugué, R. Schwartz, *Les conséquences de l'illégalité des plans d'occupation des sols*, AJDA 1993, n° spécial, Droit de l'urbanisme, p. 50.

“d’ordre public” et qui, POS ou pas POS, s’imposent à tous. Mais qu’en est-il des dispositions que l’existence du plan d’occupation des sols rendait inapplicables ?”¹¹³.

Le Conseil d’État ne pouvait ressusciter, par application du principe que l’on sait, les documents antérieurs au POS déclaré illégal et qu’il abrogeait. Il devait isoler des normes d’application perpétuelle, puisqu’il ne pouvait en faire revivre. De telles normes existent en droit de l’urbanisme ; elles constituent ce qu’il est convenu d’appeler le règlement national d’urbanisme (RNU).

“Lorsque l’illégalité d’un plan d’occupation des sols n’entraîne pas par elle-même l’annulation de l’autorisation de lotir, il appartient au juge, s’il est saisi de moyens en ce sens par la partie qui critique l’autorisation, de rechercher si le projet de lotissement autorisé est ou non compatible avec les dispositions d’urbanisme applicables à la suite de la déclaration d’illégalité du plan ; la constatation de l’illégalité d’un plan d’occupation des sols a pour effet de rendre à nouveau applicables sur le territoire en cause les dispositions du code de l’urbanisme dont l’application y était exclue, en vertu dudit code, par l’existence d’un plan d’occupation des sols opposable aux tiers, mais non de remettre en vigueur le plan d’occupation des sols auquel le plan déclaré illégal s’était substitué”¹¹⁴.

La formulation de l’arrêt est intéressante : la déclaration d’illégalité ne permet pas d’appliquer le précédent plan d’occupation des sols car, ce dernier ayant été abrogé, il serait nécessaire de le “remettre en vigueur”. Rien n’empêche, cependant, que la déclaration d’illégalité rende “à nouveau applicable” le règlement national d’urbanisme dont l’application était simplement “exclue (...) par l’existence d’un plan d’occupation des sols opposable aux tiers”.

C’est donc parce que la déclaration d’illégalité rend le POS inopposable, au moins en l’espèce, que le juge peut se tourner vers l’autre texte, dont l’application

¹¹³ H. Toutée, concl. préc.

¹¹⁴ CE Sect. 8 juin 1990, Assaupamar, p. 148 ; *RFDA* 1991, p. 149, concl. Toutée ; *AJDA* 1990, p. 701, chr. Honorat et Schwartz ; *LPA* 9 janvier 1991, note Pacteau.

était seulement suspendue par l'opposabilité du plan local, le règlement national d'urbanisme. Il n'y a pas résurrection d'un droit abrogé.

La déclaration d'illégalité "d'un POS aura pour effet, non pas de remettre en vigueur des dispositions par hypothèse déjà applicables, mais plutôt de les "réactiver" "¹¹⁵. Tel est le principal caractère des règles nationales d'urbanisme. "Subsidiaries, celles-ci sont là pour suppléer à l'absence de POS adapté à la situation présente et future de la commune et elles permettent un contrôle de l'utilisation des sols par les constructeurs offrant des garanties sérieuses et qui, bien que souvent permissives, peuvent faire l'objet d'une application ferme par le juge"¹¹⁶.

Le règlement national d'urbanisme ne s'applique que si le règlement local est muet sur la question : cela traduit un principe d'application subsidiaire du RNU : ainsi un POS de portée locale prime le règlement national.

La logique de la jurisprudence Assaupamar a été critiquée. Il lui a d'abord été reproché sa contrariété à l'arrêt Bargain. "La déclaration d'illégalité n'a pas supprimé le plan d'occupation des sols qui, même déclaré irrégulier, subsiste. Les règles générales d'urbanisme, à l'exception de celles qui sont applicables même en présence d'un plan d'urbanisme (...) ne sont pas dès lors remises en vigueur. Tel est le cas tout d'abord pour la règle de la constructibilité limitée. Il en va également ainsi pour le règlement national d'urbanisme proprement dit, ce qui conduit à considérer que la commune reste sous l'empire d'un plan d'occupation des sols"¹¹⁷. Ce serait donc parce que la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître le plan que le règlement national d'urbanisme ne pourrait revivre. Seule

¹¹⁵ J-P. Granier, *Les incidences du contrôle juridictionnel des plans d'occupation des sols sur la validité des permis de construire*, JCP 1988, I, 3358.

¹¹⁶ J. Morand-Deville, note sous CE 25 novembre 1991, Association des amis de Saint Palais sur Mer, et, même jour, Commune de Saint Palais sur Mer, LPA 1992, n°52, p. 7.

¹¹⁷ P-L. Frier, *L'abrogation des plans d'occupation des sols illégaux*, note sous CE 18 avril 1988, Société civile le Tahiti, LPA 9 décembre 1988, p. 8.

importerait l'existence du plan.

Tel n'a pas été l'avis du Conseil d'État qui ne se fonde que sur l'inapplicabilité du plan pour réactiver le règlement national d'urbanisme. Ce dernier est applicable faute de plan opposable aux tiers. Or le principal effet de la déclaration d'illégalité est de constater l'inapplicabilité, et donc l'inopposabilité, du plan au tiers qu'est, en l'espèce, le requérant.

Il a également été reproché à l'arrêt Assaupamar de renverser la logique des rapports entre le règlement national d'urbanisme et le plan d'occupation des sols. Le raisonnement retenu "serait déterminant si on pouvait penser que la réglementation locale issue des POS constitue une dérogation à la réglementation nationale issue des articles R 111-1 et suivants du code de l'urbanisme. Ce raisonnement était certainement valable avant la loi du 7 janvier 1983. Il ne l'est plus au lendemain de la décentralisation, le législateur ayant (...) tranché en faveur d'un système de droit commun : celui d'une réglementation locale d'urbanisme d'origine décentralisée, corrigé par un système dérogatoire, l'application, en l'absence de POS, du RNU. Ce qui (...) doit conduire à ne faire revivre cette réglementation supplétive qu'après qu'aient été épuisées les recherches visant à ressusciter des réglementations locales antérieures"¹¹⁸.

La démonstration ne saurait remettre en cause le raisonnement du juge. La déclaration d'illégalité ne peut, par elle-même, ressusciter des textes abrogés, elle autorise seulement l'application à l'espèce des éventuels textes non abrogés. Faire primer la réglementation locale aurait abouti à un vide juridique et donc au rejet du recours contre l'autorisation d'occupation du sol alors même qu'elle ne respecterait pas les principes de base posés dans le règlement national d'urbanisme toujours en vigueur. Une telle solution aurait été paradoxale et contraire à la logique du système.

Il n'est, en outre, pas question de savoir si le plan local déroge à la règle

¹¹⁸ Y. Jegouzo, art. préc.

nationale ou si c'est celle-ci qui déroge à celui-là. La solution se fonde non sur un rapport de norme générale à norme dérogatoire mais sur un rapport de norme substituée à norme supplétive ou subsidiaire. Il est donc vain de s'en remettre à la philosophie des lois de décentralisation. Seul un constat objectif de ce que le règlement national d'urbanisme est toujours en vigueur et qu'il peut instantanément remplacer le droit local suffit à justifier la solution étudiée. "En matière d'urbanisme, ce texte général, même s'il n'est que subsidiaire, nous semble là pour ça"¹¹⁹.

Par ailleurs, l'adjectif subsidiaire qui vise ce "qui a vocation à venir en second lieu pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut"¹²⁰ n'est pas contraire aux rapports entre pouvoir central et collectivités locales tels qu'ils résultent des lois de décentralisation en matière d'urbanisme. Il respecte au contraire l'idée que le plan local doit primer les règles nationales. Le reproche formulé plus haut ne paraît donc pas mérité.

Il est préférable de ne pas porter de jugement de valeur sur ces rapports. Le recours à la notion de norme supplétive est alors plus heureux. Est supplétive la règle applicable à défaut d'autres dispositions. Tel est le cas du règlement national d'urbanisme et telle est la raison de son application à la suite de la déclaration d'illégalité du plan d'occupation des sols.

Le bilan de la jurisprudence Société Gépro-Assaupamar est donc positif en matière d'effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable. "Cette solution respecte les principes de la jurisprudence traditionnelle. Le juge substitue, en effet, au règlement illégal une réglementation qui, pour être supplétive, n'en est pas moins toujours en vigueur à la date de la décision. Il ne fait donc pas application d'un texte disparu de l'ordonnancement juridique en raison de

¹¹⁹ H. Toutée, concl. préc.

¹²⁰ G. Cornu, op. cit.

son abrogation”¹²¹.

Elle a le mérite d’allier rigueur et opportunité. “A la restauration d’un plan antérieur et par définition périmé est préférée la résurrection de règles générales et nationales d’urbanisme, incontestables et éprouvées”¹²².

Malgré son intérêt tant théorique que matériel, elle est cependant désormais condamnée par l’intervention du législateur. La loi de réforme de l’urbanisme de février 1994 consacre une solution contraire, la résurrection du document local antérieur au plan déclaré illégal, le règlement national d’urbanisme ne s’appliquant que dans des circonstances particulières.

Cette loi constitue l’une des exceptions au principe selon lequel la déclaration d’illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé et avec lequel la possibilité d’appliquer le droit non abrogé était clairement compatible.

C - Les exceptions.

Que serait un principe s’il ne connaissait aucune exception ? Que serait-il, cependant, s’il en souffrait de trop nombreuses ?

L’impossibilité de faire revivre par une déclaration d’illégalité le droit abrogé précédemment en vigueur subit quelques exceptions. Il ne faut pas s’étonner, toutefois, de leur caractère très marginal compte tenu de l’assurance du principe qu’elles contredisent. Une loi de circonstance et deux jurisprudences isolées les composent. Aucune contestation sérieuse n’est à craindre.

¹²¹ E. Honorat, R. Schwartz, chr. préc.

¹²² B. Pacteau, note préc.

1 - L'exception législative.

Elle vient d'être citée, il s'agit de la loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction. Seul est ici visé son article 2 venu mettre un terme aux divers contrecoups de la jurisprudence Société Géprou. La tâche était délicate tant la situation, à la veille de son vote, était matière à discussion et source de difficultés innombrables même pour les spécialistes.

Le problème principal auquel la jurisprudence était confrontée tenait à la disparité des effets de l'annulation et de la déclaration d'illégalité d'un plan d'occupation des sols sur le droit applicable.

Respecter les règles classiques en matière d'annulation conduisait à faire revivre le plan immédiatement antérieur alors que la déclaration d'illégalité permettait d'appliquer, du moins en l'espèce, le règlement national d'urbanisme. Cette situation, malgré son orthodoxie juridique, n'était guère satisfaisante et appelait une prise de position du juge. "S'il est vrai que les effets d'une exception d'illégalité et d'une annulation contentieuse ne sont pas identiques (...), il reste qu'il aurait été peu cohérent en théorie et difficile en pratique d'adopter des solutions différentes selon que le POS est annulé ou déclaré illégal par la voie de l'exception"¹²³.

Plutôt que de renoncer à la jurisprudence Assaupamar, le juge a porté son attention sur les effets de l'annulation du plan d'occupation, estimés beaucoup moins opportuns. "L'application sans discernement de la règle selon laquelle l'annulation d'une décision a pour conséquence mécanique la remise en vigueur des dispositions auxquelles elle s'est substituée peut faire hésiter tant elle serait manichéenne"¹²⁴.

Le Conseil d'État abandonna donc, en matière d'urbanisme, sa conception

¹²³ C. Maugué et R. Schwartz, chr. sous CE 25 novembre 1991, Association des amis de Saint Palais sur Mer et, même jour, commune de Saint Palais sur Mer, *AJDA* 1992, p. 116.

¹²⁴ J-F. Sestier, *Annulation de POS et constats d'illégalité : l'unification jurisprudentielle se fera-t-elle au détriment de la stabilité des situations juridiques existantes ?*, *JCP N* 1993, I, p. 73.

classique et reconnu que l'annulation de l'approbation d'un plan d'occupation des sols, lorsqu'elle fait suite à celle du plan tel rendu public, "n'a pas (...) pour effet de remettre en vigueur le précédent plan d'occupation des sols de la commune"¹²⁵.

L'état du droit se traduit donc par une unification des effets de l'annulation et de la déclaration et par une application des dispositions du règlement national d'urbanisme. "Le principe qui se dégage est de ce fait relativement simple à énoncer : l'annulation d'un POS approuvé a pour effet de remettre en vigueur le POS rendu public si ce dernier est légal ; dans le cas contraire, soit que le juge prononce l'annulation du POS rendu public, soit qu'il en constate l'illégalité par voie d'exception, s'appliquent les dispositions supplétives du code de l'urbanisme et non le document local d'urbanisme antérieurement en vigueur"¹²⁶.

Malgré son apparente simplicité, l'arrêt Commune de Saint Palais sur Mer n'a contribué qu' à obscurcir encore l'état du droit¹²⁷ . Ses effets furent jugés trop contraires à la tradition juridique, voire à l'opportunité, et il connut rapidement diverses limitations.

Ainsi, pas plus que l'annulation du plan approuvé n'empêche la résurrection du plan rendu public pour la fin de sa période de validité de trois ans, pas plus l'annulation du plan modifié n'interdit le retour audit plan avant sa modification.

En outre, les conséquences paradoxales de l'arrêt Commune de Saint Palais sur Mer n'allaient pas tarder à en montrer les limites...

En effet, admettant la résurrection du règlement national d'urbanisme, il imposait d'examiner la conformité à ses dispositions des autorisations d'utilisation des sols. Or elles ne le sont jamais au regard de l'un de ces articles : l'exigence d'un avis conforme du préfet avant la délivrance d'un permis de construire. Cette

¹²⁵ CE 25 novembre 1991, Commune de Saint Palais sur Mer, p. 405 ; *LPA* 29 avril 1992, p. 7, note Morand-Deville ; *AJDA* 1992, p. 116, chr. Maugué et Schwartz.

¹²⁶ J. Morand-Deville, note préc.

¹²⁷ V. pour une position opposée et une critique, Chocheyras, concl. sur TA Grenoble 23 décembre 1993, Sabatier, *AJDA* 1994, p. 233.

illégalité aurait été sans conséquence si elle ne constituait une incompétence et donc un moyen d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office.

Le résultat était directement contraire à celui recherché par les arrêts Société Gépro et Assaupamar : malgré l'absence de lien d'application entre le plan d'occupation des sols et les autorisations individuelles, conçue pour éviter des annulations systématiques de ces dernières en cas d'illégalité du plan, la résurrection du règlement national d'urbanisme imposait au juge de prononcer, certes sur un autre fondement, une telle annulation et de manière automatique !

Devant semblable paradoxe, plutôt que de procéder à un retour en arrière pour reconnaître le lien manifeste entre le plan et les autorisations individuelles, le juge, par une nouvelle entorse aux principes du contentieux administratif, préféra ne plus soulever d'office le grief d'incompétence¹²⁸.

L'état du droit était pour le moins complexe et appelait une intervention législative. Préparée au sein du Conseil d'État puis longuement débattue au Parlement, la réforme a abouti à la loi du 9 février 1994 dont seuls les deux premiers articles traitent de la question.

Le premier s'insère au code de l'urbanisme sous l'article L 125-5 aux termes duquel "l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu a pour effet de remettre en vigueur le schéma directeur, le plan d'occupation des sols ou le document d'urbanisme en tenant lieu immédiatement antérieur".

A l'unification des solutions jurisprudentielles en faveur de l'application du règlement national d'urbanisme est alors préférée la résurrection du plan antérieur. Le règlement national peut, toutefois, être de nouveau applicable sur décision de la commune intéressée. Cela ressort du deuxième alinéa de l'article précité : "si à compter de la notification de la décision juridictionnelle devenue définitive, le

¹²⁸ V. CE 24 mai 1993, Commune d'Hyères, inédit ; CE 1er décembre 1993, Armagnac, p. 556.

conseil municipal (...) constate, par une délibération motivée que les dispositions du plan d'occupation des sols antérieur au plan d'occupation des sols annulé ou déclaré illégal sont illégales par suite de changements intervenus dans les circonstances de fait ou de droit, les règles générales de l'urbanisme prévues au code de l'urbanisme sont applicables". Ce dispositif est, par ailleurs, complété par un article 2 dont "le principal effet (...) est de valider les permis de construire qui, du fait de la portée rétroactive de l'annulation d'un POS, auraient nécessité l'avis conforme du préfet, par application de l'article L 421-2-2 b du code de l'urbanisme"¹²⁹.

Seul importe ici, le premier alinéa de l'article premier. En faisant revivre le document local antérieur quel que soit le mode de constat de l'illégalité du plan, il met un terme à la jurisprudence Assaupamar. Celle-ci pouvait cependant se réclamer d'une stricte orthodoxie au regard de l'arrêt Bargain. La déclaration d'illégalité y permettait certes, d'appliquer un autre droit au litige en cours mais elle ne le faisait pas revivre. Le règlement national d'urbanisme est, en effet, toujours en vigueur, prêt à suppléer la déficience des normes locales. La jurisprudence Assaupamar n'autorisait donc pas la résurrection du droit abrogé par la seule vertu de la déclaration d'illégalité.

Elle n'encourait ainsi aucun reproche, du moins sur ce point. Il n'en va pas de même du nouveau dispositif. En alignant les effets de la déclaration d'illégalité sur ceux de l'annulation et en censurant la position inverse, le législateur satisfait certes aux principes qui gouvernent les effets d'une annulation mais il porte, en revanche, une atteinte directe à ceux qui encadrent l'exception d'illégalité.

La critique aurait pu être évitée par l'acceptation d'une distinction des effets de chacune. Cela n'a pas été jugé utile et l'on "peut craindre que, en adoptant la loi

¹²⁹ F. Bouyssou, *Nouvelles dispositions en matière d'urbanisme*, AJDA 1994, p. 208. Pour des premières applications de cette loi, v. CE Sect. 27 mai 1994, Société Franck Alexandre, AJDA 1994, p. 507, chr. Maugué et Touvet ; CE 29 juillet 1994, Bruguier, AJDA 1994, p. 921, obs. Debouy.

du 9 février 1994, le législateur n'ait pas nécessairement simplifié le droit de l'urbanisme¹³⁰. Il suscite en effet beaucoup d'incertitudes quant aux modalités techniques de mise en oeuvre matérielle et temporelle des nouvelles dispositions¹³¹. "Il serait naïf d'affirmer que tout cela sera d'application facile. avant la loi du 9 février 1994, les conséquences de l'illégalité d'un plan d'occupation des sols n'étaient bien maniées que par les détenteurs d'une science qu'on aurait pu appeler la "gepropalatinologie" (science de la jurisprudence Gepro-Saint Palais sur Mer). Le droit né de la loi Bosson ne sera pas beaucoup plus simple, et il y a fort à parier que son maniement sera toujours une science un peu rare"¹³².

Le législateur n'a pas simplifié non plus le droit de l'exception d'illégalité. Force est cependant de s'incliner et d'admettre que le principe étudié dans la présente section n'est pas sans exception. La première est législative et procède d'une volonté de pacification du droit de l'urbanisme. Les deux autres sont d'origine jurisprudentielles.

2 - Les exceptions jurisprudentielles.

Deux jurisprudences sont à ranger parmi les exceptions au principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne permet pas d'appliquer au litige le droit abrogé par l'acte qu'elle vise. L'une d'entre elles est parfois citée comme se rattachant à un cas d'inexistence et donc, comme non contraire au principe. Il semble néanmoins qu'elle est simplement contradictoire. La seconde est composée d'un arrêt isolé intervenu dans le domaine très particulier des questions préjudicielles de droit communautaire.

¹³⁰ F. Bouyssou, art. préc.

¹³¹ V. pour leur présentation exhaustive, J-B. Auby, *La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme*, RFDA 1995, p. 25.

¹³² Ibid.

a - Une jurisprudence contradictoire.

jurisprudence en cause est traditionnellement présentée comme résultant d'un seul arrêt du Conseil d'État, l'arrêt Mégard du 5 février 1971¹³³. Le juge y a déclaré illégal un décret entaché de rétroactivité et appliqué, de ce fait, pour la période de rétroactivité la disposition anciennement en vigueur. Il a ensuite annulé la décision attaquée pour contrariété au droit ainsi ressuscité.

La déclaration d'illégalité lorsqu'elle résulte d'une rétroactivité de l'acte, permet-elle, en raison de la spécificité d'un tel vice, de déroger au principe de non application du droit abrogé ? La tentation d'admettre cette solution est d'autant plus grande que l'arrêt Mégard n'est pas isolé. Deux autres peuvent en être rapprochés¹³⁴.

Son rattachement à la théorie de l'inexistence a été envisagé par M. Toutée dans ses conclusions sur l'arrêt Assaupamar¹³⁵. Il ne semble pourtant pas possible de considérer que le juge ait procédé à un tel raisonnement pour la seule raison que la rétroactivité est classiquement qualifiée de vice d'ordre public mais ne suffit pas à rendre un acte inexistant. Innombrables sont les cas d'annulation de règlements rétroactifs sans que le juge n'ait jamais fait appel à la théorie de l'inexistence. Il serait alors étonnant que le fait de soulever le vice par voie d'exception influe sur le type de censure de l'acte. L'arrêt Mégard ne saurait donc se rattacher à un cas de déclaration d'inexistence et sa dérogation au principe évoqué est injustifiée.

Faut-il alors penser que le droit antérieur n'a pas été abrogé par un acte rétroactif ? La tentative ne peut qu'échouer puisqu'abrogation il y a eu, qui plus est avec effet rétroactif. La remise en vigueur du droit abrogé du seul fait de la déclaration d'illégalité est donc infondée.

¹³³ V. CE 5 février 1971, Mégard, p. 112.

¹³⁴ V. CE 28 février 1964, Syndicat national autonome des personnels du Conseil supérieur de la pêche, p. 156 ; CE 21 janvier 1977, Moisand, p. 34.

¹³⁵ V. H. Toutée, concl. sur CE Sect. 8 juin 1990, Assaupamar, *RFDA* 1991, p. 149.

Ce constat d'échec est, cependant, atténué par une analyse fine de la jurisprudence en matière d'exception d'illégalité d'actes rétroactifs. Les trois arrêts étudiés ici sont en contradiction avec un courant plus fourni s'inscrivant, quant à lui, dans un strict respect de la jurisprudence Bargain.

L'arrêt Mégard change alors de sens. Il symbolise seulement les hésitations du juge confronté au problème, délicat, de la rétroactivité. Il convient donc de l'écarter de la catégorie des exceptions au principe. La déclaration d'illégalité d'un règlement rétroactif ne fait pas revivre le droit antérieur.

Il n'est que de citer un arrêt antérieur de l'Assemblée plénière pour s'en convaincre. "Aucun texte législatif n'autorisait les auteurs du décret du 12 mai 1958 à donner ainsi audit décret une portée rétroactive ; dès lors l'article 12 doit être tenu pour illégal ; le requérant est, en conséquence, fondé à soutenir que les arrêtés attaqués en date des 5 août 1958 et 30 avril 1959 pris en application dudit article 12 sont entachés de la même illégalité et à demander pour ce seul motif leur annulation"¹³⁶. L'hypothèse d'un revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt Mégard est à écarter puisqu'après 1971 le juge a continué à limiter à l'inapplicabilité au litige l'effet de la déclaration d'illégalité de l'acte rétroactif¹³⁷.

L'orthodoxie est donc respectée, malgré des décisions contradictoires. La première dérogation jurisprudentielle annoncée n'en est pas une. Nous allons constater que la seconde n'est guère plus embarrassante.

b - Une jurisprudence isolée.

Le contexte juridique auquel nous confronte cette seconde hypothèse de dérogation est original. Il met en jeu les rapports du juge administratif français et

¹³⁶ CE Ass. Plén. 9 juin 1961, Martin, p. 382.

¹³⁷ V. CE 3 octobre 1969, Ministre de l'Intérieur c/ Jeannot, p. 418 ; CE 9 mai 1973, Grand, p. 340 ; CE 7 mars 1975, Lejez, p. 181 ; CE Ass. 23 juillet 1976, Société Algéco, p. 369 ; TA Strasbourg 10 février 1983, Madame Cagnard, p. 584.

du droit communautaire, dont on sait qu'ils n'ont pas toujours été caractérisés par une collaboration pacifique.

La question en cause dans l'arrêt qui constitue cette dérogation était celle de la portée de la déclaration d'invalidité d'un règlement communautaire par la Cour de justice des Communautés européennes à la suite d'un renvoi effectué en vertu de l'article 177 du Traité de Rome. Aux termes de cet article, "la Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, (...) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté". Sont par ailleurs exposées les situations dans lesquelles les juridictions nationales peuvent ou doivent lui renvoyer l'examen d'une telle question préjudicielle.

Le juge administratif français n'a jamais abusé de cette procédure, préférant recourir, dans des circonstances parfois discutables, à la théorie de l'acte clair. Toutefois, il a accepté de renvoyer certaines questions à la Cour de justice. Cela impliquait la détermination de l'effet de la déclaration d'invalidité prononcée sur le droit applicable au litige.

Faut-il considérer que l'acte communautaire en cause est seulement inapplicable et en tirer les conséquences quant au litige pendant ou la déclaration d'invalidité autorise-t-elle le juge national à statuer au regard du droit communautaire antérieur à cet acte ?

Par un arrêt Office national interprofessionnel des céréales, la Section du contentieux du Conseil d'État s'est prononcée en faveur de la seconde solution, provoquant une réaction doctrinale fort critique¹³⁸.

"En se prononçant directement sur la portée juridique d'une déclaration d'invalidité prononcée, à titre préjudiciel, par la CJCE, le Conseil d'État méconnaît les principes du Traité de Rome et sa propre jurisprudence sur l'effet de l'exception d'illégalité"¹³⁹.

¹³⁸ CE Sect. 9 mai 1980, ONIC, p. 220 ; *AJDA* 1980, p. 535, concl. Genevois, note Jourdan ; *D* 1980, p. 462, note Plouvin ; *RTDE* 1980, p. 578, concl. note M-A. F.

¹³⁹ J-Y. Plouvin, note préc.

L'orthodoxie juridique, au regard de la jurisprudence tant de la Cour de justice que du Conseil d'État, aurait voulu que la déclaration d'invalidité se borne à interdire l'application de l'acte au litige. "Déclaré invalide, à l'occasion d'un recours préjudiciel, l'acte communautaire n'en disparaît pas pour autant de l'ordonnancement juridique (...). L'acte abrogé ne peut revivre, l'acte ultérieur n'ayant pas été annulé mais seulement déclaré illégal"¹⁴⁰.

La solution consacrée est d'autant plus étonnante qu'elle conduit le juge à faire supporter par les finances françaises la responsabilité de l'illégalité d'une norme communautaire, ce qui aurait été évité par le respect des règles classiques gouvernant les effets de la déclaration d'illégalité.

La doctrine n'a pu que "replacer la solution (...) dans le contexte, qui fut parfois difficile, des relations entre le Conseil d'État et la CJCE"¹⁴¹.

"On en reste réduit au domaine des conjectures. Faut-il voir en définitive dans cette solution un mouvement d'humeur supplémentaire à l'égard de la Cour ? On préférerait ne pas avoir à l'écrire, mais encore faudrait-il que des arguments solides puissent être invoqués en faveur de la décision..."¹⁴².

Il convient toutefois de minorer encore l'impact de cet arrêt isolé quant au principe auquel il est censé déroger. Il n'est pas certain, en effet, qu'il faille le ranger nécessairement parmi la catégorie des exceptions audit principe. D'une part, il ne s'agissait pas en l'espèce de l'exception d'illégalité d'un acte administratif mais de l'exception d'invalidité d'un acte communautaire. D'autre part, cette déclaration d'invalidité a été le fait de la Cour de justice des communautés et non du juge français. Autant de raisons incitant à écarter l'arrêt ONIC des exceptions jurisprudentielles au principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 896.

¹⁴² M-A. F., note préc.

La catégorie est donc une coquille vide. Il n'existe pas d'exception jurisprudentielle au principe. La seule dérogation véritable est récente et d'origine législative. Il s'agit du nouvel article L 125-5 du code de l'urbanisme venu mettre un terme aux multiples et paradoxaux contrecoups de l'arrêt Société Géro. Législation d'opportunité, elle ne remet en cause le principe que dans un domaine très spécifique et ne saurait être présentée comme le signe avant coureur de son futur abandon.

Il est alors nécessaire de conclure ces développements par l'affirmation de ce que la déclaration d'illégalité, si elle permet d'appliquer le droit non abrogé, ne provoque pas la résurrection du droit abrogé. Les trois hypothèses dans lesquelles apparaît le besoin de faire revivre le droit antérieur pour la solution du litige ne peuvent aboutir que dans le cas où l'acte déclaré illégal n'a pas abrogé le texte existant à son édicition.

Hors ce cas, le juge ne peut, après avoir déclaré l'acte illégal, opérer une substitution de base légale pour rejeter le recours contre l'acte d'application.

Il est, par ailleurs, tenu de rejeter le recours lorsque l'acte attaqué refuse l'application de l'acte déclaré illégal, puisque les éventuels moyens de sa contrariété au droit abrogé sont inopérants.

Enfin, il est impossible de prétendre que la déclaration d'illégalité vaut reconnaissance de l'applicabilité de la norme antérieure aux situations futures.

La déclaration d'illégalité ne fait revivre le droit abrogé ni pour le litige en cours ni pour l'avenir. Faut-il alors s'inquiéter du vide juridique que cela provoque ? Les développements précédents ont prouvé que, relativement à l'espèce examinée, aucun vide juridique n'est à craindre puisque la déclaration d'illégalité suffit à assurer le succès ou l'échec du recours.

Reste alors l'inquiétude quant à l'existence d'un vide pour l'avenir. Ne

pouvant appliquer l'acte déclaré illégal, sauf à commettre une nouvelle illégalité, ne pouvant pas non plus appliquer le droit antérieur, non remis en vigueur par la déclaration d'illégalité, la puissance publique serait confrontée à une absence de droit. Elle ne pourrait le combler, selon la présentation classique, que par l'édiction d'un nouvel acte légal, au terme d'une longue procédure.

La crainte paraît d'autant plus légitime que le droit, comme la nature, a horreur du vide.

Elle n'est cependant pas fondée, précisément parce que le droit a horreur du vide : il a prévu les moyens de remédier à la difficulté. Ils se manifestent par le pouvoir de l'administration de faire revivre à son gré le droit abrogé.

§ II - SEULE L'ADMINISTRATION FAIT REVIVRE LE DROIT ABROGÉ.

Les pouvoirs d'abrogation dont dispose l'administration apportent un démenti aux craintes de vide juridique créé par la déclaration d'illégalité. Si celle-ci ne peut faire revivre le droit antérieur, ni dans l'espèce considérée ni pour le futur, c'est en raison des pouvoirs limités du juge administratif.

Seule l'autorité détentrice du pouvoir d'abrogation peut remédier au problème. "L'abrogation d'un texte législatif ou réglementaire a, bien entendu, pour effet que ce texte n'est plus applicable à l'avenir. Il disparaît et l'une des premières conséquences de cette disparition est qu'elle remet en vigueur les textes que le texte abrogé avait lui-même abrogés"¹⁴³.

Or le juge administratif ne peut faire oeuvre d'administrateur. Il ne dispose pas du pouvoir d'abroger l'acte qu'il déclare illégal. Ce pouvoir appartient exclusivement à la puissance publique.

Si, parfois, au cours de litiges, l'acte abrogé est appliqué après que son acte abrogatif a été déclaré illégal par le juge, la raison doit en être trouvée dans les

¹⁴³ R. Odent, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 1981, p. 433.

pouvoirs de l'administration et non dans les effets de la déclaration d'illégalité. De la même manière, si la déclaration semble susciter pour l'avenir un vide juridique, nous allons constater qu'il sera automatiquement comblé du seul fait de l'administration.

La déclaration d'illégalité n'est pas en cause. Seuls sont mis en oeuvre les pouvoirs d'abrogation dont dispose la puissance publique.

A - Les pouvoirs d'abrogation de l'administration.

Il n'est pas aisé de présenter un tel sujet tant la jurisprudence en est complexe. Pour la présente démonstration, il importe d'établir les cas dans lesquels l'administration peut abroger un acte. Plus précisément, comme il est l'objet d'une déclaration d'illégalité, l'étude doit porter sur les possibilités d'abroger un acte illégal. Interdiction, faculté, obligation, en sont les diverses manifestations.

1 - L'abrogation interdite.

L'abrogation d'un acte porte atteinte à sa stabilité. Elle se heurte ainsi logiquement au principe d'intangibilité des actes administratifs. Celui-ci a un champ strictement défini. Il vise les actes créateurs de droits acquis ou définitifs. A l'expiration du délai de recours à leur encontre, ces actes, qui ne peuvent plus être retirés, ne peuvent plus, en principe, être abrogés.

A leur égard, il convient donc de conclure à l'impuissance de l'administration. Une fois édictés, ils lui échappent, deviennent le droit d'un administré. Elle perd le droit de les abroger. La solution ne vaut, toutefois, qu'en principe. Il existe, en effet, une hypothèse où, malgré son caractère définitif, un acte créateur de de droits peut être abrogé.

2 - L'abrogation facultative.

Le pouvoir d'abrogation est absolu quant aux actes non créateurs de droits, exceptionnel à l'égard des autres.

Les actes créateurs de droits ne sont qu'en principe soustraits au pouvoir d'abrogation de l'administration. Elle le conserve dans deux cas. Le premier vise la période pendant laquelle l'acte n'est pas encore définitif. Pouvant alors être retiré en vertu de la jurisprudence Dame Cachet¹⁴⁴, il peut, *a fortiori*, être abrogé. Le second, plus intéressant, concerne les actes créateurs de droits définitifs. Ceux-ci peuvent, dans certaines situations qu'il n'appartient pas de préciser ici, être abrogés par le biais de ce qu'il est convenu d'appeler un acte contraire. Ce pouvoir d'abrogation spécifique doit être prévu par des textes législatifs ou réglementaires qui en précisent les conditions d'exercice¹⁴⁵.

Quoique de façon limitée, l'administration dispose donc bien d'un pouvoir d'abrogation des actes créateurs de droits.

Quant aux autres, une solution inverse prévaut : le pouvoir d'abrogation est absolu ; il ne souffre aucune limite. "L'abrogation des décisions n'ayant pas fait acquérir de droits est toujours possible"¹⁴⁶.

Les plus nombreux au sein de la catégorie, les actes réglementaires, ont fait l'objet d'une jurisprudence fournie à ce sujet. Il en résulte que leur abrogation est libre, sauf disposition législative contraire comme c'est le cas à l'égard des plans d'occupation des sols en vertu du code de l'urbanisme¹⁴⁷. Un arrêt Coopérative laitière de Belfort¹⁴⁸ est venu préciser que lorsque l'abrogation spontanée vise un

¹⁴⁴ V. CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, p. 790 ; *RDP* 1922, p. 522, concl. Rivet ; S 1925, 3, p. 9, note Hauriou.

¹⁴⁵ Sur la notion d'acte contraire, v. J-M. Auby, *L'abrogation des actes administratifs*, *AJDA* 1967, p. 131.

¹⁴⁶ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 12ème éd., PUF, 1992, T I, p. 313.

¹⁴⁷ V. CE 15 avril 1988, Société civile le Tahiti, p. 140.

¹⁴⁸ CE Sect. 6 novembre 1959, Coopérative laitière de Belfort, p. 581.

règlement illégal, l'administration, qui n'est pas tenue de la prononcer, ne commet néanmoins ce faisant aucune illégalité. Il en résulte que l'abrogation d'un règlement illégal n'est pas soumise à la règle du parallélisme des compétences et des formes. N'importe quelle autorité administrative peut donc abroger explicitement ou implicitement un règlement illégal et faire revivre le droit antérieur. Aucun moyen dirigé contre la décision d'abrogation n'est opérant. Comment, en effet, faire prévaloir les illégalités de l'acte d'abrogation sur celles de l'acte qu'il abroge ? Une solution contraire aurait manifesté un respect scrupuleux du principe de légalité au détriment de l'intérêt bien compris du même principe de légalité¹⁴⁹...

Est-il audacieux d'affirmer que la jurisprudence Coopérative laitière de Belfort devrait logiquement valoir pour les actes non créateurs de droits non réglementaires ? Seuls importent, dans l'un et l'autre cas, le pouvoir d'abrogation dont dispose l'administration et le respect du principe de légalité. La même logique conduit ensuite à généraliser la solution aux (rares) hypothèses dans lesquelles l'administration est autorisée à abroger même des actes créateurs de droits.

Le principe serait donc que l'administration, dès lors, qu'elle peut abroger un acte illégal, ne commet jamais d'illégalité en procédant à son abrogation.

Rien ne s'oppose à sa consécration puisqu'il ne conduit pas à élargir le pouvoir de l'administration. Il permet, en outre, d'assurer un meilleur respect du principe de légalité et a, d'ores et déjà, été partiellement accepté par le juge.

Naturellement, il vaudrait *a fortiori* dans les cas où la faculté devient obligation.

3 - L'abrogation obligatoire.

Pour ne pas faire peser une trop lourde charge sur l'administration, le juge

¹⁴⁹ Pour une application de la solution en cas d'abrogation obligatoire, v. CE 13 juillet 1962, Syndicat des taxis gapençais, p. 478.

ne lui impose jamais d'abroger spontanément un acte administratif¹⁵⁰. Les hypothèses aujourd'hui consacrées portent toutes sur le cas où une demande d'abrogation est formulée.

Par ailleurs, pour ne pas empiéter trop ouvertement sur la marge d'appréciation reconnue à l'administration dans l'exercice de son pouvoir d'abrogation, le juge ne consacre une compétence liée que dans le cas où l'acte dont l'abrogation est requise est illégal. Il aurait été contraire à la tradition jurisprudentielle de poser une obligation d'abroger un acte en raison de son inopportunité, pour la seule raison qu'une demande en ce sens a été formulée. L'administration y aurait perdu son pouvoir discrétionnaire dans le choix des textes à édicter et à mettre en oeuvre. Le juge n'aurait d'ailleurs pu sanctionner le respect d'une telle obligation puisqu'il n'est pas juge de l'opportunité.

Enfin, l'obligation d'abroger un acte administratif n'a été imposée, fort logiquement, que dans la mesure où l'administration dispose à son égard du pouvoir de l'abroger. Le juge a simplement transformé une faculté en une obligation et non une interdiction en obligation.

Ces trois précisions apportées, l'état du droit se présente aisément.

L'administration doit abroger, sur demande, les règlements illégaux *ab initio* ou à la suite d'un changement de circonstances, et ce, sans condition de délai¹⁵¹.

Elle doit, toujours sur demande et à toute époque, abroger les actes non réglementaires non créateurs de droits mais pour le seul cas où leur illégalité résulte d'un changement de circonstances¹⁵².

L'obligation d'abroger, dans le délai du recours et sur demande, une décision créatrice de droits illégale ne semble pas avoir été reconnue. Il résulte

¹⁵⁰ Excepté en matière de plein contentieux où il a condamné la puissance publique pour ne pas avoir spontanément abrogé un règlement illégal, v. CE 5 mai 1986, Fontanilles-Laurelli, p. 127.

¹⁵¹ V. CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, p. 44 ; *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid Nouraï, notes Beaud et Dubouis ; *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet ; *RTDE* 1989, p. 509, note Vergès.

¹⁵² V. CE Sect. 30 novembre 1990, Association les Verts, p. 339 ; *RFDA* 1991, p. 571, concl. Pochard ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. Honorat et Schwartz.

seulement d'un arrêt Pain "que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation ou au retrait d'une décision créatrice de droits illégale, ne peut légalement faire droit à cette demande que si le délai du recours contentieux n'est pas expiré"¹⁵³. Le juge ayant, en l'espèce, rejeté le recours contre le refus d'abroger en raison du caractère définitif de l'acte dont la disparition était souhaitée, il est préférable de considérer que la formule citée ne reconnaît qu'une faculté d'abrogation. Sa transformation en obligation serait, toutefois, possible.

Il apparaît que les pouvoirs de l'administration en matière d'abrogation d'actes administratifs sont fort larges. Sauf à l'égard des actes créateurs de droits définitifs, pour lesquels cependant le procédé de l'acte contraire est parfois ouvert, la puissance publique jouit du pouvoir d'abroger. Lorsqu'il s'exerce en raison d'une illégalité et alors même qu'il n'est pas constitutif d'obligation, il ne génère jamais d'illégalité. L'administration est ainsi dispensée de respecter le parallélisme des compétences et des formes.

La conclusion est importante. Elle explique que, si la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé, aucun risque de vide juridique n'est cependant à craindre. L'administration ne commet aucune illégalité à prononcer explicitement ou implicitement l'abrogation de l'acte en cause et à appliquer le droit antérieur.

B - La déclaration d'illégalité est sans incidence sur les pouvoirs de l'administration.

La déclaration d'illégalité ne crée par elle-même aucun vide juridique. Elle constate simplement l'inapplicabilité d'un acte à une espèce donnée. Ce n'est que par l'interdiction faite à l'administration d'appliquer un acte illégal, que semble

¹⁵³ CE 21 janvier 1991, Pain, p. 692.

naître un tel vide. Elle ne peut, en effet, ni appliquer l'acte déclaré illégal, ni le droit qu'il a abrogé puisqu'il ne revit pas. Est-elle alors condamnée à la paralysie ?

Il ne le semble pas. Il lui revient d'user de ses pouvoirs d'abrogation. Logiquement lorsque l'acte n'avait abrogé aucun acte précédent, le vide juridique est insurmontable. Mais l'hypothèse n'est pas propre à la déclaration d'illégalité puisqu'elle se retrouve en cas d'annulation pour excès de pouvoir. Dans l'un et l'autre cas, il appartient à l'administration d'édicter un nouvel acte.

Est beaucoup plus intéressant le cas dans lequel l'acte déclaré illégal en a abrogé un autre. Nul vide juridique n'est à redouter : l'administration peut faire revivre le droit antérieur et ne commet, ce faisant, aucune illégalité. Il en est ainsi que l'acte déclaré illégal soit un acte créateur de droits ou non.

1 - Le cas des actes non créateurs de droits.

_____ Lorsque l'exception d'illégalité d'un tel acte est recevable et fondée, la déclaration d'illégalité ne permet pas de faire revivre le droit antérieur, par application du principe précédemment identifié. Elle ne génère cependant aucun vide juridique puisqu'à l'égard de tels actes, l'administration peut procéder d'elle-même à la remise en vigueur du droit antérieur. Il lui suffit pour cela d'abroger l'acte déclaré illégal. Même décidée par une autorité incompétente et sans respect des exigences du parallélisme des formes et des procédures, l'abrogation d'un acte illégal est légale, en vertu de l'arrêt Coopérative laitière de Belfort¹⁵⁴.

Le risque de vide juridique est donc inexistant en cas de déclaration d'illégalité d'un acte non créateur de droits. Le pouvoir d'abrogation de l'administration suffit à y remédier.

Il résulte ainsi de la jurisprudence que, dans nombre d'affaires, si le droit antérieur à la déclaration d'illégalité est effectivement appliqué par le juge lui-

¹⁵⁴ V. supra.

même, c'est en raison de la mise en oeuvre spontanée de ce droit par l'administration. Or cette mise en oeuvre étant attaquée, le juge est conduit à constater qu'elle est légale puisque le droit postérieur était illégal. L'application du droit abrogé est donc légale. Elle ne résulte pas de la déclaration d'illégalité de l'acte abrogatif mais était ouverte à l'administration en raison précisément de cette illégalité.

La déclaration d'illégalité opère donc le constat officiel que l'acte en cause était inapplicable et le juge peut alors en conclure que l'application spontanée par l'administration du droit antérieur était légale.

Si ce dernier revit c'est uniquement en raison du pouvoir de l'administration d'abroger un acte non créateur de droits illégal et de la possibilité pour elle de prononcer cette abrogation sous n'importe quelle forme, fût-ce par un refus implicite d'application et un respect explicite du droit antérieur.

De multiples arrêts pourraient être apportés en illustration de cette affirmation¹⁵⁵. Qu'il suffise de citer un arrêt Meyer de 1966. "L'arrêté en date du 14 mars 1952, par lequel le préfet a prévu le mode de calcul de "la distance minimum entre deux officines", susceptible d'être imposée par une licence d'exploitation, qui fixe une distance déterminée pour la généralité des cas est entaché d'excès de pouvoir ; l'autorité administrative ne devait pas appliquer ce règlement illégal, (...) ; le préfet a pu légalement estimer, après un examen particulier des circonstances de l'affaire, qu'il n'y avait pas lieu d'imposer une distance minimum entre les deux officines ouvertes..."¹⁵⁶. La déclaration d'illégalité de l'arrêté préfectoral imposant une distance générale permet uniquement d'en reconnaître l'inapplicabilité et

¹⁵⁵ V. notamment CE 10 décembre 1909, Lépinay, p. 971 ; CE 7 janvier 1916, D'Abzac, p. 7 ; CE 10 novembre 1916, Tailhandier, p. 433 ; CE 22 novembre 1918, Piétri, p. 1012 ; CE 23 janvier 1920, Poncet, p. 62 ; CE 4 février 1921, Demont, p. 125 ; CE 20 juillet 1927, Aourousseau, p. 802 ; CE 14 mars 1952, Jamet, p. 663 ; CE 1er juillet 1952, Société X, p. 342 ; CE 8 mars 1961, Société Air Couzinet transatlantique, p. 162 ; CE 23 juillet 1974, Ministre de l'éducation nationale, p. 456 ; CE 28 mai 1976, Société laboratoire d'électronique et de physique appliquées, p. 286 ; CE 25 janvier 1985, Ministre de la Défense c/ Dufrenne, p. 452 ; TA Lyon 16 mai 1991, Desfontaines, p. 625

¹⁵⁶ CE 9 mars 1966, Meyer, p. 200.

autorise dès lors le rejet du recours dirigé contre un acte d'application du droit antérieur, au regard duquel la distance minimum entre officines était tributaire des circonstances propres à chaque affaire.

L'abrogation spontanée de l'acte illégal découle implicitement de l'application du droit antérieur. La déclaration d'illégalité à laquelle le juge procède à l'occasion du recours contre cette application, reconnaît simplement la légalité de l'abrogation par l'administration.

La situation est identique lorsque c'est après sa déclaration d'illégalité que l'acte est abrogé par l'administration.

“Alors que l'acte annulé disparaît de l'ordonnancement juridique et fait revivre la règle antérieure, l'acte invalidé y demeure jusqu'à son abrogation expresse par”¹⁵⁷ l'administration.

Comme le refus d'appliquer l'acte illégal est légal, l'administration est ainsi invitée à abroger l'acte déclaré illégal. Par hypothèse, ce dernier étant un acte non créateur de droits, elle dispose de ce pouvoir et peut l'exercer après la déclaration d'illégalité sans souci du respect du principe de parallélisme. L'acte revivra donc à son gré. Aucun vide juridique n'est donc à craindre.

Bien que moins assurée, une conclusion semblable s'impose en cas de déclaration d'illégalité d'un acte créateur de droits définitifs.

2 - Le cas des actes créateurs de droits.

_____ Les actes créateurs de droits acquis ou définitifs ne sont que des actes non réglementaires. Leur exception d'illégalité n'est donc pas recevable au regard du critère actuel, sauf lorsqu'ils s'intègrent au sein d'une opération complexe ou lorsque leur illégalité est invoquée pour caractériser une faute de l'administration

¹⁵⁷ C. Mégret, *La portée juridique et les effets de droit de la déclaration d'invalidité d'un acte communautaire prononcée par la cour de justice des communautés européennes dans le cadre de la procédure instituée par l'article 177 du traité CEE*, Mélanges P-H. Teitgen, p. 311.

de nature à engager sa responsabilité.

Il convient alors de s'interroger sur l'effet d'une déclaration d'illégalité à leur égard. Elle constate, comme toujours, leur inapplicabilité à la seule espèce sans les faire disparaître de l'ordonnancement juridique. L'administration ne peut donc plus les appliquer désormais, sauf à commettre une nouvelle illégalité. Mais peut-elle pour autant appliquer un autre acte ? Tout dépend du pouvoir d'abrogation qui lui est reconnu à leur égard. Or ce pouvoir est inexistant. Sauf autorisation textuelle de recourir au procédé de l'acte contraire, l'administration ne peut abroger un acte créateur de droits définitifs. Le vide juridique tant redouté est enfin rencontré. Il convient d'en prendre la mesure.

D'une part, ce vide juridique est de portée très marginale, puisqu'il n'apparaît qu'en cas de déclaration d'illégalité d'actes créateurs de droits définitifs. En effet, l'opération complexe ne joue, le plus souvent, qu'en cas d'actes particulier, c'est-à-dire d'actes non créateurs de droits¹⁵⁸. Les actes créateurs de droits ne sont que très rarement reconnus comme intégrant une telle opération. Dès lors, le risque de déclaration d'illégalité d'un tel acte est faible.

D'autre part, le vide juridique ne résulte pas de la déclaration d'illégalité elle-même, contrairement à la présentation classique du sujet. Il découle du fait que l'administration ne peut appliquer un acte illégal, comme l'est l'acte déclaré illégal¹⁵⁹, et qu'elle ne peut non plus l'abroger. C'est la rupture entre la recevabilité de l'exception d'illégalité et le pouvoir d'abrogation qui crée le vide juridique.

Enfin, ce vide pourrait, semble-t-il, être évité, du moins en matière d'opération complexe, en vertu du récent arrêt Roques. Cet arrêt a, en effet,

¹⁵⁸ V. supra, Deuxième Partie, Chapitre II, p. 485 et s.

¹⁵⁹ Il a été certes constaté auparavant que l'obligation de ne pas appliquer un acte illégal cessait lorsqu'il est créateur de droits (v. CE 20 mai 1949, *Mélamède*, p. 735) mais ce principe ne vaut naturellement qu'en raison de l'irrecevabilité de principe de l'exception d'illégalité d'un tel acte. Lorsque cette exception est recevable, ce qui est l'hypothèse présente, l'administration peut refuser de l'appliquer. Elle est même tenue de refuser car, puisqu'elle peut opposer l'exception d'illégalité, appliquer l'acte serait illégal.

¹⁶⁰ V. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952, p. 24.

autorisé l'administration à retirer l'acte initial d'une opération complexe, fût-il créateur de droits, dès lors que l'acte final de celle-ci n'est pas devenu définitif.

Pouvant procéder à un retrait, l'administration peut, *a fortiori*, abroger l'acte initial s'il est illégal tant que l'opération complexe n'est pas définitive. Certes, le problème de l'abrogation postérieure à la déclaration d'illégalité, et donc au litige, semble insoluble, puisque, par définition, au moment où l'illégalité est connue, c'est-à-dire après le jugement, l'acte final est définitif. L'arrêt Roques ne permettrait donc pas d'abroger l'acte initial déclaré illégal pour rendre possible l'application, à l'avenir, du droit qu'il a abrogé.

C'est oublier que le recours dans lequel est déclarée l'illégalité de l'acte initial aboutit à l'annulation de l'acte final de l'opération qui est attaqué au principal. Or son annulation le fait disparaître rétroactivement. Elle replace donc dans la situation existant immédiatement avant son édicition, c'est-à-dire à un moment où, faute pour l'acte final d'être intervenu, l'opération complexe n'était pas définitive. Dès lors, l'annulation redonne à la puissance publique le pouvoir de retrait et donc d'abrogation qui lui est reconnu, par l'arrêt Roques, jusqu'au moment où l'acte final est définitif.

Rien n'est plus logique. Le juge lie le retrait de l'acte initial au délai de recours contre l'acte final parce qu'il considère que les droits nés de l'acte initial ne sont acquis qu'à ce moment là. Faisant disparaître l'acte rendant ces droits définitifs, l'annulation permet nécessairement de les considérer comme non encore acquis. Leur retrait ou abrogation est alors possible.

Un vide juridique n'existe après une déclaration d'illégalité que dans l'hypothèse très marginale où celle-ci a visé un acte créateur de droits définitifs au cours d'un recours en responsabilité pour illégalité. Encore convient-il de répéter que ce vide résulte non de la déclaration elle-même mais de l'impossibilité pour l'administration, faute de disposer du pouvoir d'abrogation, de se replacer dans la

situation juridique que l'acte avait lui-même abrogée.

En toute autre hypothèse, la déclaration d'illégalité, alors même qu'elle ne fait pas disparaître l'acte mais reconnaît son inapplicabilité en l'espèce, suffit à résoudre le litige soumis au juge.

Si l'application de l'acte déclaré illégal est attaquée, elle sera annulée. Une substitution de base légale n'est possible, le cas échéant, qu'au regard du droit non abrogé par l'acte déclaré illégal.

Si le recours est dirigé contre un refus d'application de l'acte déclaré illégal, il doit être rejeté, le juge pouvant éventuellement examiner la légalité de la décision attaquée au regard du droit non abrogé par l'acte déclaré illégal.

Le droit abrogé ne revit donc jamais du fait de la déclaration d'illégalité. Seul peut être appliqué un acte éventuellement non abrogé, hypothèse fort rare.

L'interdiction d'appliquer l'acte déclaré illégal, en vertu d'un principe déduit du principe de légalité, jointe à la non résurrection du droit antérieur à l'acte déclaré illégal n'est pourtant pas source de vide juridique. En effet, l'administration, sauf hypothèse très exceptionnelle, dispose toujours du pouvoir d'abroger l'acte déclaré illégal. Cette combinaison des effets de la déclaration d'illégalité et des pouvoirs de l'administration permet à l'exception d'illégalité de conserver son autonomie par rapport au recours pour excès de pouvoir.

Ses effets moindres sur l'acte, en raison des contraintes procédurales qui la caractérisent, ne génèrent pas de vide juridique désastreux.

Distincte de l'annulation en ce qu'elle ne fait pas disparaître rétroactivement un acte, la déclaration d'illégalité ne peut prétendre, par ce caractère, à une autorité absolue de chose jugée. Cela n'exclut pas, toutefois, qu'elle puisse se voir dotée d'une telle autorité compte tenu de ce qu'elle constate l'illégalité d'un acte administratif.

CHAPITRE SECOND

L'AUTORITÉ DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ

Les décisions juridictionnelles sont protégées contre toute remise en cause à l'expiration des voies de recours contre elles. La chose jugée doit être respectée : elle doit avoir autorité. La saisine du juge et sa sentence seraient dépourvues d'intérêt si la seconde n'était considérée comme la vérité sur l'affaire. L'adage latin l'exprime clairement : *res judicata pro veritate habetur*.

Toute incertitude n'est cependant pas écartée. Que faire lorsqu'un nouveau litige porte précisément sur le même point de droit que celui précédemment tranché ? L'autorité de la chose jugée est-elle également opposable sur cette nouvelle affaire ?

La réponse à cette interrogation dépend de la qualité, relative ou absolue, reconnue à l'autorité de la chose jugée. Si, en vertu de l'article 1351 du code civil, "l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement", encore convient-il de distinguer l'autorité relative, qui ne sera

opposable qu'à condition "que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité", de l'autorité absolue, opposable sans condition, *erga omnes*.

Relativement à l'exception d'illégalité, le problème de l'autorité de la chose jugée est double.

Il importe, en premier lieu, d'établir que la solution rendue à l'issue de l'examen par un juge de l'exception est susceptible d'être revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Cela ne souffre aucune discussion lorsque l'exception est, elle-même, le fond du recours : lorsque, question préjudicielle pour le juge de l'action, elle constitue un recours en appréciation de validité déposé devant un juge administratif. Le dispositif du jugement, contenant la réponse à l'exception d'illégalité, est nécessairement protégé par une autorité de chose jugée.

La situation, fort différente, dans laquelle le juge de l'action est lui-même juge de l'exception, emporte, néanmoins, une solution identique. En effet, la jurisprudence admet logiquement que, au-delà du seul dispositif du jugement, tous les motifs qui en sont le soutien nécessaire bénéficient en fait de l'autorité de la chose jugée. Le cas de l'exception d'illégalité est alors simple : constituant toujours une question utile à la solution du litige, elle est examinée dans des motifs inséparables du dispositif. Elle participe donc de la chose jugée.

La position du juge sur l'exception est-elle, pour autant et en second lieu, définitivement acquise à l'égard de tous ? Tel est le problème de la qualité de la chose jugée sur l'exception d'illégalité.

Il importe, à cet égard, de se reporter aux principes gouvernant les recours par voie d'action. Le rejet d'un recours en annulation d'un acte administratif n'est

protégé que par une autorité relative, quand l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir est classiquement revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée. La première solution, l'autorité relative d'une décision de rejet, est reprise traditionnellement en matière d'exception d'illégalité. La transposition de la seconde au cas dans lequel la déclaration d'illégalité est prononcée est, quant à elle, très discutée.

Un refus d'annulation, faute d'illégalité de l'acte en cause, n'étant doté que d'une autorité relative, un refus de déclaration d'illégalité ne saurait être traité différemment. La justification du principe est incontestable. L'échec des moyens avancés par les requérants ne signifie pas nécessairement que l'acte est légal : un vice non envisagé et non constitutif d'un moyen d'ordre public pourrait être déterminant et assurer le succès d'une nouvelle contestation. Malgré les critiques formulées par le professeur Weil¹⁶⁰ envers ce raisonnement, la jurisprudence semble cohérente et satisfaisante. Elle autorise à borner à ces brefs éléments le cas de l'autorité du rejet de l'exception d'illégalité.

La situation est beaucoup moins assurée en jurisprudence relativement à l'autorité d'une déclaration d'illégalité. L'originalité de l'exception d'illégalité au sein des instruments du respect du principe de légalité s'y manifeste. Ses caractères particuliers font hésiter à lui attribuer une autorité absolue de chose jugée.

En matière pénale notamment, "lorsque le Conseil d'État aura reconnu, sur recours préjudiciel, l'illégalité d'un arrêté, cette décision se limitera-t-elle, dans ses effets, à la seule instance à l'occasion de laquelle le recours incident aura été formé, ou, au contraire, produira-t-elle le même effet absolu qu'une annulation sur recours pour excès de pouvoir ? Pourra-t-elle être légalement invoquée à l'occasion d'autres poursuites fondées sur la même disposition réglementaire

reconnue illégale ?”¹⁶¹. C’est à la réponse à ces interrogations que sont consacrés les développements de ce chapitre.

La question est délicate. Les solutions actuelles semblent devoir être dépassées.

SECTION I - LES SOLUTIONS ACTUELLES.

Autorité relative ou absolue ? La déclaration d’illégalité d’un acte administratif est-elle limitée à l’espèce au cours de laquelle elle est rendue ou entache-t-elle l’acte d’une tare définitive et universelle ? Les récents progrès de l’autorité absolue témoignent de l’incertitude née de la confrontation entre les deux principes contradictoires qui gouvernent la matière.

§ I - DEUX PRINCIPES DE SOLUTION CONTRADICTOIRES.

Le choix de la qualité de l’autorité de la chose jugée par une déclaration d’illégalité est malaisé. Tout est affaire de point de vue. Considérée au regard des caractères procéduraux de l’exception, la déclaration d’illégalité, fort différente d’une annulation pour excès de pouvoir, ne saurait jouir que d’une autorité relative. Mais envisagée par son objet, l’appréciation de la légalité de l’acte, elle ne peut se distinguer de l’annulation, comme laquelle elle devrait bénéficier d’une autorité absolue de chose jugée.

A - Prononcée à l’occasion d’un recours incident, la déclaration d’illégalité ne peut avoir qu’une autorité relative.

¹⁶¹ J. Appleton, note sous Crim. 4 décembre 1930, *D* 1931, I, p. 33.

C'est la position classique. Témoignant d'un attachement à la distinction de l'action et de l'exception, elle néglige toute autre considération. L'exception d'illégalité n'est pas une action. Elle présente des caractères particuliers qui interdisent d'octroyer une autorité absolue à la déclaration d'illégalité qui la clôt éventuellement.

1 - L'exception d'illégalité, irréductible à un recours par voie d'action.

“L'exception ne peut être équivalente à l'action”¹⁶². De ce constat, tout de bon sens et de classicisme juridique, découle l'autorité simplement relative reconnue par certains à la déclaration d'illégalité d'un acte administratif.

Plus qu'une différence de degré, c'est une différence de nature qui distingue recours par voie d'action et recours par voie d'exception. Le premier vise l'annulation de l'acte qui en est l'objet, annulation dont le principal effet est la disparition rétroactive et à l'égard de tous de l'acte. Le second ne s'intéresse à la légalité de cet acte qu'en ce qu'elle influe sur l'issue d'un litige dans lequel il intervient. Les effets de la déclaration d'illégalité ne peuvent, dès lors, être identiques à ceux d'une annulation.

“Si la nature, l'objet et les effets d'un recours doivent avoir une signification propre et si la différence entre constatation incidente d'illégalité d'une règle et annulation de celle-ci doit être maintenue, alors une diversité d'effets doit également s'ensuivre et, par conséquent, l'impossibilité de tirer d'une constatation incidente d'illégalité d'un règlement un effet général qui finirait par aboutir à des résultats analogues à ceux de l'annulation *ex tunc* de cet acte”¹⁶³.

Mais, plus encore que ce constat de simple logique selon lequel deux voies de droit différentes ne peuvent produire les mêmes effets juridiques, des éléments

¹⁶² R. Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Sirey, 1934, p. 30.

¹⁶³ A. Trabucchi, concl. sur CJCE 21 février 1974, Schotskortner, p. 177.

purement procéduraux inclinent à dénier l'autorité des arrêts d'annulation aux déclarations d'illégalité.

L'argumentation a été parfaitement présentée devant la Cour de justice des Communautés européennes par l'avocat général Gand : "il faut (...) distinguer soigneusement, dans leur domaine comme dans leurs effets, l'annulation d'un acte sur un recours de l'article 173 et la déclaration d'illégalité de l'article 177. Dans le premier cas, l'action est engagée par une personne justifiant d'un droit de recours, elle est soumise à des conditions très strictes de délai pour ne pas prolonger la précarité de l'acte. L'étendue et les effets du recours a pour contrepartie les limites apportées à sa recevabilité. Au contraire, le juge national peut à tout moment vous demander de vous prononcer sur la validité d'un acte qui ne serait plus, depuis longtemps, susceptible d'un recours direct ; il vous saisit pour lui permettre de statuer sur le litige dont il a lui même à connaître, et il suffit que votre arrêt ait ses effets dans le cadre de ce litige. Par ailleurs, donner un effet *erga omnes* à la déclaration d'illégalité aboutirait pratiquement à faire revivre le délai de recours de l'article 173 chaque fois qu'un litige porté devant un tribunal mettrait en cause la validité d'un acte des institutions de la communauté"¹⁶⁴.

En termes moins techniques, il serait trop facile qu'ayant laissé passer sans agir les délais de recours par voie d'action, les justiciables puissent, par la voie de l'exception, bénéficier d'un substitut exact au recours direct... A cela, le strict respect des conditions de délai s'oppose. Si action et exception conduisait l'une et l'autre à une reconnaissance *erga omnes* de l'illégalité des actes administratifs, les règles de délai se verraient vidées de leur substance et de leur intérêt. Il ne serait plus nécessaire de s'en préoccuper, la voie de l'exception permettant de pallier efficacement la carence initiale.

Au-delà des simples exigences de la logique et du bon sens, l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité serait une dangereuse dérive. "La limite

¹⁶⁴ Gand, concl. sur CJCE 1er décembre 1965, Schwarze, p. 1104.

d'ordre public constituée en général par les délais de procédure péremptoires (...) se trouverait compromise, au préjudice du principe de la sécurité des rapports juridiques”¹⁶⁵.

Une présentation semblable des conséquences de la reconnaissance d'une autorité de chose jugée absolue à la déclaration d'illégalité est excessive. Certes, même dotée d'une simple autorité relative, la déclaration d'illégalité permet que l'acte “ne s'applique pas à l'individu, qui obtiendra un résultat pratique semblable à son annulation”¹⁶⁶ mais une nuance doit être aussitôt apportée. “L'équivalence des résultats n'existe qu'au profit de l'individu et non de la société”¹⁶⁷. Cela a été constaté, la déclaration d'illégalité n'équivaut pas, en droit, à une annulation de l'acte. Elle ne peut donc permettre de contourner les règles de délai.

Dès lors, qu'elle soit dotée d'une autorité relative ou absolue est, au regard de ces règles, indifférent. Seule, la disparition de l'acte y serait une atteinte. Or tel n'est pas l'effet de la déclaration d'illégalité¹⁶⁸. En réalité, “l'exception a pour seul but de protéger le justiciable de l'application d'un règlement illégal, sans que soit mis pour autant en cause le règlement lui-même devenu inattaquable par l'écoulement des délais”¹⁶⁹. Se fonder sur la simple distinction de l'action et de l'exception n'est donc pas pertinent pour trancher le problème de l'autorité de la chose jugée en cas de déclaration d'illégalité.

C'est bien plutôt l'examen du mécanisme interne de l'exception d'illégalité, contestation incidente, qui incline à se prononcer en faveur d'une autorité relative.

¹⁶⁵ A. Trabucchi, concl. préc.

¹⁶⁶ J-M. Raynaud, op.cit., p. 59.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ V. supra, Chapitre I, p. 574 et s.

¹⁶⁹ P. Dubois, *L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Cahiers de droit européen, 1978, p. 407.

2 - L'exception d'illégalité, contestation incidente.

Greffée à une action dont elle n'est qu'un élément de solution, l'exception d'illégalité d'un acte ne met en cause sa légalité que de manière indirecte. Il n'est pas attaqué pour lui-même ; seule sa non-application dans l'affaire en cours est poursuivie.

a - Une contestation indirecte.

C'est à un examen de la nature de l'acte juridictionnel qu'invitent les tenants de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité.

“L'acte de juridiction (...) est un acte complexe composé de deux actes indissolublement liés, un acte d'intelligence du juge par lequel il donne une solution à une question de droit - ce sont les motifs du jugement - et un acte de volonté par lequel il ordonne les mesures qui sont la conséquence logique qui résulte de la solution donnée à la question de droit - c'est le dispositif. Ce dernier seul à proprement parler est un acte juridique, mais il n'a de valeur qu'en considération du premier, et c'est le lien logique et indissoluble de ces deux actes qui fait de l'acte juridictionnel un acte spécifiquement distinct de l'acte administratif auquel il ressemble dans sa seconde partie”¹⁷⁰.

Au regard de ces éléments, l'exception d'illégalité apparaît comme un moyen de droit particulier, soumis néanmoins au régime général de la catégorie.

“La solution donnée à la question de droit suppose elle-même la solution de plusieurs questions secondaires qui seront des éléments de la décision sur la question principale et seront parmi les motifs du jugement. Tel est le cas de la décision qui intervient en matière d'interprétation d'un acte administratif et d'appréciation de sa légalité, dans les deux cas elle n'est qu'un des motifs du jugement sur la question principale posée au tribunal”¹⁷¹.

¹⁷⁰ M. Réglade, *L'exception d'illégalité en France*, RDP 1923, p. 393.

¹⁷¹ Ibid.

Or lorsqu'ils sont le soutien nécessaire du dispositif, les motifs d'un jugement sont classiquement dotés de la même autorité de chose jugée que lui. Tel devrait donc être le cas pour la déclaration d'illégalité. Conduisant à l'annulation *erga omnes* d'un acte d'application, la déclaration d'illégalité devrait avoir autorité absolue.

Une telle solution serait inexacte. Elle fait abstraction du caractère spécifique de l'exception d'illégalité. Bien que constitutive d'un moyen de droit et nécessaire au jugement de l'action, sa nature de contestation incidente de la légalité d'un acte tiers influe sur la portée de la position prise à son sujet. La déclaration d'illégalité ne sera pas reprise dans le dispositif du jugement, elle reste un constat incident porté non sur l'acte attaqué mais sur un autre. Dès lors, elle ne saurait bénéficier de l'autorité de la chose jugée sur le recours par voie d'action.

Il en est ainsi quelle que soit la forme procédurale que revêt l'exception. Cela est évident lorsque le juge de l'action est juge de l'exception, cela n'est pas moins juste en cas contraire. Bien que pourvue d'un dispositif propre, la décision du juge de la question préjudicielle ne change pas de nature : elle reste destinée à s'intégrer, comme simple élément du raisonnement, au jugement que rendra à sa suite le juge de l'action. Toutefois, l'exception portant sur un acte distinct de celui attaqué au principal, le dispositif ne la concerne pas de la même manière qu'il influe sur les moyens de droit dirigés contre cet acte lui-même.

En d'autres termes, "la décision sur l'exception d'illégalité, comme d'ailleurs la décision en matière d'interprétation, n'est donc, en aucun cas, un acte juridictionnel complet, mais seulement un élément d'un acte juridictionnel, un des motifs de la décision sur la question principale résolue par le juge"¹⁷².

Ce sont alors les caractères procéduraux de l'exception qui déterminent son autorité de chose jugée. Mais tous ces caractères ne sont pas pertinents contrairement à certaines présentations doctrinales. "Si, en général, lorsqu'il s'agit du recours préjudiciel en interprétation (auquel on rattache le recours incident en

¹⁷² Ibid.

appréciation de validité), on reconnaît que la chose jugée ne produit qu'un effet relatif dans les termes de l'article 1351 c. civ., c'est parce qu'à la différence du recours pour excès de pouvoir, le recours préjudiciel n'est qu'un litige entre parties privées. La société n'y est pas directement en cause (...). On conçoit, dès lors, que l'effet de la décision soit limité à la seule espèce soumise au Conseil d'État et aux seuls plaideurs en cause"¹⁷³.

La critique est aisée. "Les effets particuliers de l'exception ne s'expliquent pas du tout parce qu'elle est une voie de droit subjective, la question à trancher est au contraire une question objective lorsqu'il s'agit, par exemple d'apprécier la légalité d'un règlement (...) mais ses effets sont particuliers parce qu'elle n'aboutit pas à un acte juridictionnel proprement dit, mais à fournir un élément d'un acte de juridiction, un motif de la décision sur la question principale posée au juge"¹⁷⁴.

"Seulement dans ce dernier cas, c'est le dispositif du jugement du Conseil d'État qui servira de motif au jugement du tribunal judiciaire, comme dans cette sorte de raisonnement qu'on appelle en logique sorite, qui a pour majeure la conclusion d'un raisonnement précédent"¹⁷⁵.

Cette correction est, cependant, elle aussi insatisfaisante. Il ne suffit pas de constater la qualité de motif de la déclaration d'illégalité. Encore faut-il ajouter que c'est la nature incidente de ce motif qui en détermine l'autorité seulement relative.

Malgré une légère opposition terminologique, l'idée est présente sous la plume de Bonnard. "Statuer sur l'exception d'illégalité constitue assurément un acte juridictionnel puisqu'il y a contestation sur la légalité d'un acte. Or, si l'acte est illégal, la constatation de l'illégalité et de la non-valeur de l'acte est formulée simplement en vue d'établir que l'acte ne doit pas recevoir d'application dans

¹⁷³ J. Appleton, note sous Crim. 4 décembre 1930, *D* 1931, 1, p. 33.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid.

l'affaire en cause. Il ne s'agit pas de prononcer son annulation. On est en présence d'un acte juridictionnel sans décision et qui ne comporte qu'une constatation"¹⁷⁶.

Ces considérations rejoignent ce qu'affirmait déjà Laferrière au sujet de la portée des décisions interprétatives. "La solution interprétative n'étant qu'un des éléments d'un litige, ne saurait avoir une portée plus étendue que la décision rendue sur le fond même de ce litige. Elle ne peut donc produire d'effets qu'entre les parties en cause ; à l'égard de toute autre partie, elle est *res inter alios judicata* et elle ne saurait faire obstacle à de nouvelles demandes d'interprétation"¹⁷⁷.

Elles sous-tendent également une ancienne jurisprudence criminelle. "L'autorité de la chose jugée n'ayant lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement, le juge de police ne peut faire état de ce que, dans un jugement précédemment rendu par lui, à l'occasion de contraventions identiques, il a décidé que l'arrêté dont l'application est requise devrait être considéré comme légalement pris, tant qu'il n'en aurait pas été autrement décidé par le Conseil d'État"¹⁷⁸. Bien que visant le rejet d'une exception d'illégalité, le raisonnement en l'espèce est transposable au cas de la déclaration d'illégalité.

"L'effet positif de la chose jugée au pénal se limite aux seules constatations dont on peut dire qu'elles constituent une chose nécessairement jugée. Par contre, les constatations effectuées par le juge pénal et qui ne sont pas tenues pour choses nécessairement jugées ont simplement effet négatif (...). Le critère actuel est le suivant : la chose nécessairement jugée se ramène à la constatation de l'existence des éléments constitutifs du délit (...). Toute autre constatation est surabondante car elle porte sur un point autre que les éléments constitutifs du délit. Telle semble être la solution en ce qui concerne l'appréciation effectuée par le juge pénal en matière de légalité"¹⁷⁹.

¹⁷⁶ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'action de l'administration*, p. 83.

¹⁷⁷ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1888, T. II, p. 591.

¹⁷⁸ Crim. 6 juillet 1911, S 1912, I, p. 420.

¹⁷⁹ C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1954, p. 69.

“Il ne s’agit pas d’obtenir un jugement qui porte atteinte à l’acte prétendu illégal mais de faire décider par le juge si le prévenu a commis ou non une infraction”¹⁸⁰. Contesté incidemment, l’acte administratif n’est donc pas attaqué pour lui-même. Seule importe sa mise à l’écart dans le litige soumis au juge.

b - Une inapplication en l’espèce.

Envisagés par leurs différences procédurales, tout conduit à opposer “le recours pour excès de pouvoir qui tend à l’annulation complète de l’acte attaqué, *erga omnes* [et] le contrôle de la validité des actes administratifs, qui, alors même qu’il aboutit à une déclaration d’illégalité, ne la prononce que dans l’affaire soumise au juge, *in specie*”¹⁸¹.

En effet, le juge de l’exception ne prend position sur la légalité de l’acte que pour permettre le jugement sur le fond du litige. Seule, l’issue de l’action importe aux parties et aux juges ; l’exception n’en constitue qu’un élément. Sa portée est donc limitée à l’espèce. Elle ne saurait déborder ce cadre. “Le succès de l’exception n’a pas d’autre effet que d’écarter l’application du règlement dans le litige considéré sans le faire disparaître de l’ordonnancement juridique et avec l’effet seulement relatif de la chose jugée”¹⁸². En d’autres termes, “par cette construction de l’exception d’illégalité, le juge entend bien neutraliser les effets d’un acte dont l’illégalité est avérée”¹⁸³. De ce fait, “la sentence (...) n’a que l’autorité relative de la chose jugée. Ses effets se limitent aux parties en cause et à la solution du procès. L’exception d’illégalité ne profite qu’à celui qui l’a invoquée”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ M. Réglade, art. préc.

¹⁸¹ P. Matter, concl. sur TC 16 juin 1923, Septfonds, *D* 1924, 3, p. 41.

¹⁸² A. Bacquet, concl. sur CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won et Butin, *RDP* 1982, p. 822.

¹⁸³ M-D. Hagelsteen, concl. sur CE Sect. 30 janvier 1981, Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction, p. 32.

¹⁸⁴ Rives, *L’exception d’illégalité*, Thèse Paris, 1908, p. 121.

Cette conséquence de l'autorité relative accordée à la déclaration d'illégalité a pu être critiquée. Comparée au caractère "altruiste" du recours pour excès de pouvoir, l'exception d'illégalité, parce qu'elle n'a d'effets qu'au profit de son auteur, serait quelque peu mesquine... "Le règlement ne s'applique pas à l'individu qui obtiendra un résultat pratique semblable à son annulation"¹⁸⁵. Cependant, "l'équivalence de résultats n'existe qu'au profit de l'individu et non de la société"¹⁸⁶. En bref, "le citoyen qui invoque l'illégalité du règlement à l'occasion du recours dirigé contre l'acte individuel ne fait pas oeuvre communautaire"¹⁸⁷.

Autre conséquence, et non la moindre, de l'autorité seulement relative, l'acte qui n'est déclaré illégal que pour la solution d'un litige déterminé, devra faire l'objet de nouvelles exceptions d'illégalité à chaque contestation de ses applications.

"Lorsque l'exception est accueillie, l'acte subsiste intact et il pourra en être fait application dans une autre espèce"¹⁸⁸. "Quoique paralysé dans certaines de ses applications, il constitue une menace permanente pour les particuliers"¹⁸⁹.

En toute logique donc, l'acte déclaré illégal "reste (...) debout, susceptible d'engendrer de nouvelles poursuites en cas de nouvelles violations de ses prescriptions, l'autorité de la chose jugée, même à l'égard du même contrevenant, n'ayant qu'un effet relatif. L'avenir demeure incertain et équivoque : il n'est pas déblayé"¹⁹⁰.

Tel est le prix de la spécificité du mécanisme de l'exception d'illégalité. Contestation incidente, elle ne peut conduire qu'à une déclaration sans grande incidence.

L'exception n'est pourtant pas seulement un incident de procédure, elle s'identifie avec le recours pour excès de pouvoir par l'objectivité du problème de droit

¹⁸⁵ J-M. Raynaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, 1966, p. 59.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid, p. 38.

¹⁸⁸ M. Réglade, art. préc.

¹⁸⁹ C. Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, 1937, p. 161.

¹⁹⁰ Anonyme, note sous Crim. 3 mai 1912, S 1913, I, p. 420.

examiné. Envisagée sous cet angle, la déclaration d'illégalité devrait alors jouir d'une autorité absolue de la chose jugée.

B - Réglant une question de droit objectif, la déclaration d'illégalité devrait avoir une autorité absolue.

Le droit n'est pas avare de contradictions. La possibilité de soutenir avec une égale force de conviction que la déclaration d'illégalité d'un acte administratif doit être dotée de l'autorité absolue de la chose jugée après avoir démontré que l'autorité relative découlait des caractères de ce moyen, en est une illustration supplémentaire. Comment, en effet, nier que le principe de légalité suppose que le droit est un, quel que soit le juge qui le dit et que, dès lors, la première déclaration d'illégalité d'un acte doit être tenue pour établie à l'égard de tous et définitivement ?

1 - Le principe de légalité et l'unité du droit.

L'exception d'illégalité, bien que soulevée par un justiciable pour soutenir sa seule demande en justice, doit être classée parmi le contentieux objectif. Malgré ses effets limités à une espèce déterminée, elle repose sur la critique de la légalité d'un acte. Matériellement, la question soumise au juge est identique à celle que pose un recours pour excès de pouvoir.

Cette identité ne devrait-elle pas alors s'étendre aux effets de la position du juge ? Tout comme une annulation pour excès de pouvoir vaut *erga omnes*, une déclaration d'illégalité devrait être pourvue d'une autorité absolue.

Il est, en premier lieu, aisé de démontrer que le rôle du juge de la légalité est toujours le même. Qu'il statue sur un recours pour excès de pouvoir ou sur une exception d'illégalité n'y change rien : un fond commun existe.

“Le juge, en un premier temps et face à une illégalité [d'un acte] se borne à la constater. Il peut ensuite refuser de l'appliquer au cas d'espèce, enfin le faire disparaître de l'ordonnancement juridique ou, parfois, en réparer les conséquences. Si l'action du juge, dans le cadre du recours en annulation va jusqu'au troisième stade, il s'en tient aux deux premiers dans le cas de l'appréciation de validité”¹⁹¹.

Ce fond commun d'activité ne peut rester sans conséquence : “dans les deux cas, il s'agit de porter un jugement sur un acte. Par conséquent, l'opération à laquelle le juge est invité est de même nature. Il est normal qu'elle obéisse aux mêmes règles”¹⁹².

Les partisans de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité fustigent alors la primeur donnée à des règles procédurales sur les exigences du principe de légalité. “Ce qui importe (quant à la détermination de l'autorité du jugement) n'est pas de savoir si une annulation a ou non été prononcée. Ce qui compte est qu'une décision ait été reconnue illégale. Qu'elle l'ait été à l'occasion du jugement d'un recours pour excès de pouvoir ou de celui d'un recours en appréciation de légalité, ou même à l'occasion de l'examen d'une exception d'illégalité, doit être indifférent. Quel qu'ait été la procédure mise en oeuvre, on est en présence d'une même déclaration d'illégalité”¹⁹³.

Dès lors, “il n'y a pas de raisons vraiment sérieuses de refuser aux décisions qui, sur renvoi, prononcé par une juridiction civile, déclarent un texte réglementaire illégal, une autorité absolue que l'on reconnaît, sans difficulté, aux décisions de la

¹⁹¹ H. Labayle, *La Cour de justice des communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité*, RTDE 1982, p. 484.

¹⁹² J-C. Masclet, note sous Com 10 décembre 1985, RTDE 1986, p. 159.

¹⁹³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 883.

juridiction administrative rendue sur recours pour excès de pouvoir”¹⁹⁴. “Après tout, le fait que le juge administratif ait décidé qu’un acte administratif était illégal à la suite d’un recours direct pour excès de pouvoir ou en statuant par voie d’exception ne dépend que de considérations de procédure”¹⁹⁵.

Les fondements de la thèse classique favorable à l’autorité relative ainsi écartés, les tenants de l’autorité absolue font valoir, en second lieu, le principe de l’unité du droit. Il est, à leurs yeux, anormal qu’une déclaration d’illégalité ne puisse valoir *erga omnes* : cela revient à faire croire qu’un acte jugé illégal en une occasion peut ultérieurement faire l’objet d’une appréciation contraire. Quand bien même les risques de contradiction ne se réalisaient pas¹⁹⁶, c’est dans son principe même qu’ils critiquent l’autorité relative.

Attribuée à une déclaration d’illégalité, elle contredit le principe de légalité. “En droit (...), il n’y a aucune raison de traiter différemment une déclaration d’illégalité sur recours incident et une annulation directe sur recours pour excès de pouvoir. La légalité est une notion objective et unique : un texte réglementaire est légal ou il ne l’est pas”¹⁹⁷.

Vigoureuses sont les affirmations en la matière, tant, il est vrai, force doit rester au principe de légalité. “Le juriste est (...) convaincu de “l’indivisibilité” de la vérité et de la légalité. Un règlement est légal ou illégal : il serait contraire au principe d’identité qu’il soit légal à l’égard des uns, illégal à l’égard des autres”¹⁹⁸.

“Non seulement il n’existe aucun motif valable d’admettre que la notion de légalité se dédouble, sorte de Janus bifrons présentant une face à l’une des juridictions, l’autre face à la seconde”¹⁹⁹ mais, en outre, “l’unicité du droit reste le bien suprême

¹⁹⁴ B. D., note sous Soc. 30 janvier 1969, *GP* 1969, I, p. 225.

¹⁹⁵ R. Drago, note sous Civ. 1ère 15 janvier 1975, *D* 1975, J, p. 671.

¹⁹⁶ Nous verrons cependant qu’ils sont, ou ont été, fréquents en jurisprudence.

¹⁹⁷ P. Sargos, rapp sur Civ. 1ère 19 juin 1986, *D* 1985, J, p. 485.

¹⁹⁸ H. Labayle, art. préc.

¹⁹⁹ G. Vedel, note sous Trib. Corr. Toulon 18 mars 1948, *JCP* 1948, II, 4299.

des juristes et il est toujours profondément regrettable qu'il puisse y être fait échec"²⁰⁰.

"En un mot, le recours à la notion d'autorité relative est ici hors de saison s'agissant de la légalité, c'est-à-dire d'une notion de droit objectif"²⁰¹. La conclusion de l'argumentation est évidente : l'autorité absolue de la chose jugée doit protéger toute première déclaration d'illégalité d'un acte administratif.

2 - L'autorité absolue doit s'attacher à la première déclaration d'illégalité d'un acte administratif.

Il découle du principe de l'unité du droit que, déclaré illégal par un juge, un acte administratif sera normalement apprécié de la même manière en toute autre instance. L'illégalité, même non dotée de l'autorité absolue, ne peut faire, en principe, l'objet de divergences.

La logique commande alors de tirer un principe de cet état de fait : l'autorité absolue de la chose jugée doit nécessairement protéger la déclaration d'illégalité d'un acte administratif, quel que soit le juge qui l'a prononcée, à la seule condition qu'elle ne soit plus susceptible de recours.

Léon Blum avait déjà exposé cette situation. "La question de priorité, d'antécédence, prend ici (...) une importance capitale. L'autorité judiciaire et l'autorité administrative peuvent chacune intervenir selon le mode d'action qui leur est propre. Mais l'essentiel est de prendre les devants. Les décisions de celle qui a été la première à agir - la première à occuper l'affaire, à en prendre possession - ne peuvent plus être détruites, dans leur effet spécifique, par celle qui interviendra ensuite"²⁰²

²⁰⁰ Th. Cathala, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ, 1966, p. 21.

²⁰¹ R. Drago, note préc.

²⁰² L. Blum, concl. sur CE 17 mars 1911, Abbé Hardel, S 1913, 3, p. 131.

Deux éléments corroborent son affirmation.

D'une part, si l'appréciation de légalité d'un acte ne saurait connaître de variation d'un juge à l'autre, d'un ordre de juridiction à l'autre, elle ne saurait non plus évoluer avec le temps. Certes, la jurisprudence admet depuis longtemps qu'un acte puisse devenir illégal après son édicition, en raison de changements dans les circonstances de droit ou de fait le concernant. En revanche, aucun événement ne peut modifier sa légalité initiale. Celle-ci s'apprécie à sa date d'édicition. Dès lors, quelle que soit l'époque où le juge statue sur l'exception d'illégalité, s'il estime l'acte illégal, le vice est proclamé irréversiblement. Rien ne peut faire que ce qui est illégal ne le soit plus, ni, *a fortiori*, qu'il ne l'ait pas été.

“La peine capitale, prononcée en matière de contrôle de validité ne permet pas de révision”²⁰³. En effet, “l’invalidité tenant aux caractères de l’acte, elle est établie une fois pour toutes et ne saurait être confirmée ou infirmée en fonction des circonstances de telle ou telle espèce”²⁰⁴.

D'autre part, la conception classique accordant une autorité simplement relative à la déclaration d'illégalité n'est guère éloignée d'une autorité absolue de fait. Cela résulte de la jurisprudence Ponard²⁰⁵ selon laquelle l'administration est tenue de ne pas appliquer un règlement illégal.

Contrainte de s'abstenir spontanément de le faire, elle l'est évidemment aussi lorsque l'illégalité a été reconnue par un juge, fût-ce par le biais d'une déclaration d'illégalité. Cela ne constitue pas une atteinte à l'autorité relative de celle-ci : la puissance publique étant nécessairement partie au litige, est tenue de prendre acte de l'illégalité, au sens de la jurisprudence Ponard. Pèse alors sur elle une obligation d'abroger qui sera sanctionnée en cas d'inaction. Un arrêt Syndicat CFDT des établissements et arsenaux du Val de Marne illustre cette situation : les

²⁰³ A. Trabucchi, *L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la CJCE*, RTDE 1974, p. 56.

²⁰⁴ J. Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Les Cours de droit, 1981-1982, p. 250.

²⁰⁵ CE 14 novembre 1958, Ponard, p. 554.

ministres auteurs de la décision antérieurement déclarée illégale ne pouvaient refuser de l'abroger. N'est-ce pas reconnaître que la déclaration d'illégalité, sans pour autant faire disparaître par elle-même l'acte de l'ordonnancement juridique, s'identifie du moins avec une annulation pour excès de pouvoir, en ce que l'illégalité de l'acte doit alors être tenue pour avérée ?

A n'en pas douter, "il est (...) certain que la force obligatoire de l'acte réglementaire déclaré irrégulier sera ébranlée et que la décision (...) "s'attachera" à cet acte"²⁰⁶. "En pratique, la constatation par voie d'exception de l'illégalité d'un acte frappe celui-ci d'une caducité de fait"²⁰⁷.

Bien peu de chemin sépare donc l'autorité relative, ainsi aménagée, de l'autorité absolue : sinon en droit, du moins en fait, elle résulte de diverses solutions jurisprudentielles.

L'examen des deux principes influant sur la solution révèle une contradiction de taille. Au regard de ses caractères procéduraux, la déclaration d'illégalité ne peut-être dotée que d'une autorité relative, alors que sa nature de problème de droit objectif contraint logiquement à lui attribuer une autorité absolue.

Il ne faut pas s'en étonner : à cette contradiction des solutions de principe répondent, en jurisprudence, des solutions contradictoires.

§ 2 - DES SOLUTIONS CONTRADICTOIRES.

L'état du droit est fortement contrasté : les deux principes de solution se partagent les faveurs des juges.

Toutefois, la jurisprudence récente incline en faveur de l'autorité absolue. Le phénomène se traduit, cependant, par une inflexion du principe autrefois triomphant, celui de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité. Mettre l'accent

²⁰⁶ P. Dubois, *L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Cahiers de droit européen 1978, p. 407.

²⁰⁷ M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint Marc, D. Labetoulle, *Leçons de droit public*, IEP 1989, p. 127.

sur l'évolution jurisprudentielle favorable à l'autorité absolue ne signifie donc pas que l'autorité relative est abandonnée. Elle perd seulement du terrain.

A - Les progrès de l'autorité absolue.

La perspective historique est assurément favorable à l'octroi d'une autorité absolue à la déclaration d'illégalité. "En une matière où l'absence de texte législatif laisse un libre champ à l'interprétation judiciaire"²⁰⁸ une évolution jurisprudentielle est autorisée. Elle s'accompagne néanmoins, fait remarquable, d'une consécration textuelle bien qu'implicite.

1 - Les progrès jurisprudentiels.

Ces progrès sont récents. Une nuance s'impose cependant. Le premier pas décisif fut l'oeuvre ancienne du juge répressif, avant que, après une longue réticence, les juridictions civiles n'acceptent de le suivre dans la voie de l'autorité absolue. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a connu une évolution similaire qu'il est intéressant de noter.

a - Devant le juge répressif.

C'est en 1930 que la Chambre criminelle a soudainement abandonné sa conception traditionnelle, selon laquelle la déclaration d'illégalité n'était pourvue que d'une autorité relative de la chose jugée.

²⁰⁸ J. Appleton, note sous Crim. 4 décembre 1930, *D* 1931, I, p. 33.

Un arrêt de 1911²⁰⁹ a été antérieurement cité, par lequel, considérant que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui fait l'objet du jugement, la Cour de cassation avait censuré un tribunal de police pour avoir reconnu autorité absolue à un précédent rejet, par lui-même, d'un règlement de police. C'était proclamer l'autorité simplement relative de la chose jugée par voie d'exception.

Tout autre est le sens de l'arrêt Abbé Gautrand du 4 décembre 1930. "Attendu que le 1er août 1928, à l'occasion d'une infraction au même arrêté commise par Gautrand le 4 octobre 1925, le Conseil d'État, saisi d'un recours formé en appréciation de la validité de ce règlement, a déclaré qu'il était entaché d'illégalité (...) ; attendu que si, à la vérité, l'arrêt ainsi rendu par le Conseil d'État est purement interprétatif, et s'il ne prononce pas l'annulation de l'arrêté du maire (...), il a néanmoins pour conséquence nécessaire d'enlever à cet arrêté le caractère d'un règlement légalement pris au sens de l'article 471 § 15 c. pén.". La Chambre criminelle, par cet arrêt remarqué, "décide que la déclaration d'illégalité d'un arrêté par le Conseil d'État sur recours préjudiciel, produit, en cette matière, le même effet que l'annulation sur recours pour excès de pouvoir"²¹⁰. Plus précisément, "la Cour de cassation consacre ainsi, en matière de contravention aux arrêtés de police, la thèse de l'effet absolu des déclarations incidentes d'illégalité"²¹¹.

Jean Appleton s'est efforcé de justifier en droit la nouvelle jurisprudence en démontrant le caractère non limité à l'instance en cause de la déclaration d'illégalité. A ses yeux, et cela lui permet implicitement d'expliquer la divergence entre juridictions répressive et civile, la présence du ministère public est essentielle. "Lorsque le tribunal de simple police, en présence du ministère public, organe des intérêts publics, partie aux débats, a, statuant en matière répressive, décidé que la question préjudicielle de validité du règlement serait soumise au

²⁰⁹ V. Crim. 6 juillet 1911, S 1912, I, p. 420.

²¹⁰ J. Appleton, note préc.

²¹¹ Ibid.

Conseil d'État, cet incident et la décision de la haute juridiction administrative font corps, pour ainsi dire, avec le débat pénal. La société est partie à l'instance, qui n'intéresse pas seulement de simples particuliers. La nature de l'affaire à l'occasion de laquelle le Conseil d'État est saisi, enlève, dans ce cas, à la décision préjudicielle d'illégalité, le caractère d'un simple litige entre parties. Il est naturel que ses effets, en ce qui concerne les sanctions pénales réclamées contre les contrevenants à l'arrêté reconnu illégal, soient aussi étendus que ceux produits par un recours pour excès de pouvoir suivi d'annulation"²¹².

Pour aussi juste que soit la démonstration en pratique, elle paraît toutefois insuffisante pour expliquer qu'il soit passé outre au caractère purement incident de l'exception d'illégalité. Seule pourrait justifier, en droit, la reconnaissance de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité, le principe d'identité. A la décharge de l'éminent auteur, force est de reconnaître que cet aspect du problème n'était guère entrevu en 1930.

Mais, plus encore que la fragilité de la construction doctrinale proposée, qui peut aujourd'hui être renouvelée de manière satisfaisante par l'appel au principe d'unité du droit, ce sont diverses considérations, propres aux circonstances de l'arrêt Abbé Gautrand, qui mettent en doute sa valeur.

En premier lieu, un élément purement matériel incite à la prudence : l'Abbé Gautrand, bien que juriste avisé (ou parce que ?) était également un habitué des prétoires. En un mot, c'était un récidiviste. La première déclaration d'illégalité de l'arrêté municipal auquel il était accusé d'avoir contrevenu, résultait, en effet, d'une précédente poursuite à son encontre. La précision est essentielle. Si certes, l'identité d'objet n'existait pas à l'occasion de la poursuite de faits nouveaux, la cause et les parties étaient identiques. Solliciter à nouveau une déclaration d'illégalité paraissait bien inutile en l'espèce. L'autorité absolue était alors une solution avantageuse. "S'il s'était agi d'un autre contrevenant, il n'est pas

²¹² Ibid.

absolument certain que la Cour de cassation se serait prononcée dans le même sens”²¹³.

En deuxième lieu, l’opposition entre cet arrêt et la jurisprudence précédemment rappelée de 1911 n’est pertinente qu’*a priori*. En effet, le problème de l’autorité de la chose jugée s’y pose en des termes différents. En 1911 était refusée l’autorité absolue de la chose jugée au rejet d’une exception d’illégalité prononcé par le juge répressif. Si la formulation retenue laisse penser que la solution valait également pour une déclaration d’illégalité, la qualité du juge auteur de la première appréciation est néanmoins importante.

En 1930, l’autorité absolue est attribuée à la décision rendue, sur renvoi préjudiciel, par le Conseil d’État. Juge naturel de la légalité, le juge administratif est censé donner l’avis le plus autorisé sur l’exception d’illégalité. Ce second élément fait apparaître que la jurisprudence Abbé Gautrand n’est pas, par elle-même, un revirement sur l’état du droit antérieur. Il sera, en effet, ultérieurement²¹⁴ montré que le juge répressif persiste, aujourd’hui encore, à refuser l’autorité absolue aux déclarations d’illégalité non prononcées par un juge administratif.

Enfin, les développements précédents incitent à l’étonnement. Comment était-il possible en 1930 que le juge administratif ait été saisi de la question préjudicielle de la légalité d’un règlement sur renvoi d’un juge pénal ? La compétence de ce dernier était, à cet égard, déjà séculaire à l’époque. Seule une erreur du juge du fond, dans l’appréciation de sa compétence, a permis la solution de l’affaire Abbé Gautrand. Sans renvoi préjudiciel, la déclaration d’illégalité rendue par le tribunal de police sur la première poursuite n’aurait été dotée que d’une autorité relative. L’arrêt Abbé Gautrand prend alors une toute autre signification. “Cette solution est possible seulement parce que le juge répressif judiciaire a commis une erreur, en effectuant un renvoi à tort alors qu’il devait trancher la question de légalité. Or, le

²¹³ Ibid.

²¹⁴ V. infra, p. 699 et s.

contrôle sévère de la Cour de cassation réduit les chances de renvoi à tort et diminue par conséquent d'autant la portée pratique de la jurisprudence de l'arrêt Abbé Gautrand"²¹⁵.

Cet arrêt est une solution d'espèce, fruit de l'erreur d'un juge et de circonstances matérielles particulières. De ce fait, sa portée était, dès l'origine, très limitée. Les juges répressifs ne devant pas surseoir à statuer sur l'exception d'illégalité de règlements, ni même aujourd'hui²¹⁶ d'actes individuels, l'autorité absolue ne peut s'attacher devant eux qu'aux déclarations d'illégalité émanant d'un juge administratif, soit sur renvoi de juges civils, soit à l'occasion de contentieux administratifs.

Son mérite n'en est pas moins grand d'avoir, pour la première fois, affirmé l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité. Elle fut d'ailleurs isolée durant cinquante ans, avant que les juges civils ne la reprennent à leur compte.

b - Devant le juge non répressif.

Jusqu'en 1985, la jurisprudence civile ne souffrait aucune ambiguïté : la déclaration d'illégalité d'un acte par une juridiction administrative n'avait autorité que dans l'espèce en cause.

Trois arrêts ressortent particulièrement. Le premier, de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, date du 25 février 1966. Il n'est qu'implicite. La Cour y fait application d'une décision réglementaire dont l'illégalité avait antérieurement été déclarée par le Conseil d'État. "La doctrine s'est emparée de ce "silence" de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pour en déduire qu'elle n'entendait donner aux déclarations d'illégalité d'un texte réglementaire qu'un effet relatif. En

²¹⁵ C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954, p. 245.

²¹⁶ Sur la compétence du juge pénal en matière d'exception d'illégalité, v. supra Première Partie, Chapitre I, p. 83 et s.

d'autres termes, la déclaration d'illégalité n'aurait d'effets qu'entre les parties. Si d'autres litiges similaires se présentaient, il faudrait ressaisir le Conseil d'État"²¹⁷.

Le premier commentaire de l'arrêt était toutefois moins affirmatif. Son auteur, ferme défenseur de l'autorité absolue, a proposé une interprétation minimaliste du silence de la Cour. "On ne saurait affirmer, *a priori*, que l'assemblée plénière des chambres civiles ait néanmoins entendu attribuer un caractère purement relatif à la chose jugée sur un recours en appréciation de validité. Il semble qu'elle ait seulement considéré qu'il ne lui appartenait pas de faire état de l'illégalité de l'article 151 du décret du 8 juin 1946, dès lors que la décision du Conseil d'État ayant consacré cette illégalité n'était pas invoquée par le demandeur au pourvoi (...). En somme, pour la Cour de cassation, la règle qui interdit aux juridictions de l'ordre judiciaire de remettre en question ce qui a été jugé par la juridiction administrative, quant à la légalité d'un texte réglementaire, ne jouerait qu'à la condition que les parties se soient prévalues de la déclaration d'illégalité intervenue"²¹⁸.

La démonstration permettait ainsi à l'auteur de rendre cohérente la décision avec celle qui avait ses faveurs. L'habileté dialectique ainsi mise en oeuvre fut cependant contredite par un arrêt légèrement postérieur dépourvu (à dessein ?) de toute ambiguïté. Après avoir visé l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, la Chambre sociale de la Cour de cassation constata, au sujet du décret contesté incidemment, "que le Conseil d'État n'avait statué sur sa légalité que sur un recours en appréciation de validité n'ayant qu'une autorité relative entre les parties au litige"²¹⁹.

Le doute n'était plus permis comme en convint lui-même l'auteur du commentaire ci-dessus rappelé, qui regretta simplement "une complication de procédure qu'on

²¹⁷ P. Sargos, rap. sur Civ. 1ère 19 juin 1985, *D* 1985, J, p. 485.

²¹⁸ B. D., note sous Ass. Plén. 25 février 1966, *GP* 1966, I, J, p. 366.

²¹⁹ Soc. 30 janvier 1969, *GP* 1969, I, J, p. 225.

pourrait éviter”²²⁰. La déclaration d’illégalité d’un acte administratif ne possédait alors que l’autorité relative de la chose jugée.

De cette position fort claire, la jurisprudence allait faire ultérieurement de nombreuses applications. Ainsi, dans un arrêt de 1975²²¹ le juge civil s’est-il permis de qualifier de voie de fait un acte administratif précédemment déclaré entaché d’incompétence par le Conseil d’État. Il y a là plus qu’un refus de prendre acte de l’avis du juge administratif. La Cour de cassation use de son maigre pouvoir d’appréciation de légalité, lié au jeu de la voie de fait, pour écarter également l’acte mais sur un fondement différent. Assurément, l’autorité de la déclaration d’illégalité est, à ses yeux, très relative...

L’exemple n’est, toutefois, pas représentatif de la tempérance du juge civil en la matière. Il s’est montré, en effet, respectueux du principe de l’autorité relative. Cependant, la lourdeur de la procédure à suivre fut rapidement insupportable. “Chaque fois qu’est invoquée la déclaration d’illégalité d’un texte réglementaire, le juge civil, dès lors que l’exception est sérieuse, doit surseoir à statuer jusqu’à ce que le Conseil d’État se soit de nouveau prononcé sur une question qu’il avait déjà tranchée !”²²².

Cette situation conduisit au revirement de jurisprudence opéré par un arrêt du 19 juin 1985 et formulé en principe : “toute déclaration d’illégalité d’un texte réglementaire par le juge administratif, fût-elle décidée à l’occasion d’une autre instance, s’impose au juge civil qui ne peut plus faire application du texte illégal”²²³. La consécration de l’autorité absolue de la déclaration d’illégalité gagna ensuite rapidement la Chambre sociale. Un arrêt de 1986 reprit la formule précitée, lui adjoignant *in fine* “réputé n’avoir jamais existé”²²⁴. L’ajout était parfaitement

²²⁰ B. D., note préc.

²²¹ V. Civ. 1ère 15 janvier 1975, *D* 1975, J, p. 671, note Drago.

²²² P. Sargos, rap. préc.

²²³ Civ. 1ère 19 juin 1985, *D* 1985, J, p. 485, rap. Sargos.

²²⁴ V. Soc. 18 juin 1986, *Bull Civ. V*, n° 316 ; *JCP* 1986, IV, p. 251.

déplacé puisqu'il assimilait la déclaration d'illégalité à une annulation pour excès de pouvoir. L'acte est bien déclaré illégal dès l'origine, sauf si, naturellement, ses vices résultent de changements dans les circonstances de droit ou de fait, mais il existe encore. Son application, aux risques et périls de l'administration, est toujours possible. La Chambre sociale a rectifié récemment son erreur en reprenant cette fois mot à mot l'attendu de la première Chambre civile²²⁵.

Au terme de son évolution, la jurisprudence civile se prononce donc actuellement pour l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité prononcée par un juge administratif.

Au regard de l'avancée constituée en 1930 par l'arrêt Abbé Gautrand, elle semble bien timorée. Il ne faut pas s'y tromper. Les arrêts de 1985 et 1986 ont une portée infiniment plus large. Si le mérite ne leur revient pas de l'introduction en droit positif de l'autorité absolue de la chose jugée par voie d'exception, ils lui confèrent une solide assise.

En effet, la compétence du juge civil en matière d'appréciation de légalité est extrêmement faible²²⁶. L'exception d'illégalité d'un acte administratif constitue, en principe, devant lui une question préjudicielle. Il est, dès lors, souvent amené à solliciter du juge administratif une décision sur la légalité des actes intervenant dans les litiges dont il est saisi. Consacrant l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité, il lui offre donc un champ d'action fort vaste.

Les progrès de l'autorité absolue en droit interne sont à rapprocher de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

²²⁵ V. Soc. 7 décembre 1993, *JCP* 1994, II, 22245, note Waquet.

²²⁶ Sur les cas de compétence, v. *supra*, Première Partie, Chapitre 1, p. 119 et s.

c - Devant le juge communautaire.

Il est hors de propos de décrire minutieusement la jurisprudence communautaire en matière d'autorité de la chose jugée par voie d'exception sur recours direct ou sur recours préjudiciel de l'article 177 du traité de Rome. Il suffit d'apporter comme élément supplémentaire au constat des progrès de l'autorité absolue, la citation du très important arrêt *International chemical Corporation*. La Cour de justice y exprime sa position toute en nuance. "Un arrêt de la Cour constatant en vertu de l'article 177 du traité, l'invalidité d'un acte d'une institution, en particulier d'un règlement du Conseil ou de la Commission, bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour toute autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre ; cette constatation n'a pas pour effet d'enlever aux juridictions nationales la compétence que leur reconnaît l'article 177 du traité ; il appartient à ces juridictions d'apprécier l'existence d'un intérêt à soulever à nouveau une question déjà tranchée par la Cour dans le cas où celle-ci a constaté précédemment l'invalidité d'un acte d'une institution de la Communauté ; un tel intérêt pourrait notamment exister s'il subsistait des questions relatives aux motifs, à l'étendue et éventuellement aux conséquences de l'invalidité précédemment établie"²²⁷.

La Cour de justice incline en faveur de l'autorité absolue de la déclaration d'invalidité prononcée par elle sur renvoi de l'article 177. Mais sa position est nuancée, dans la mesure où elle n'interdit pas aux juges nationaux de la saisir une nouvelle fois de la même question²²⁸. Un choix leur est ouvert. Ils décident librement de doter la première déclaration d'invalidité d'une autorité absolue ou simplement relative.

²²⁷ CJCE 13 mai 1981, *International chemical corporation*, p. 1191.

²²⁸ Pour une illustration de la possibilité de pluralité de saisines de la Cour sur un même acte, v. CJCE 21 octobre 1975, *Petroni*, p. 1149 ; CJCE 3 février 1977, *Strehl*, p. 211 ; CJCE 20 octobre 1977, *Giuliani*, p. 1857.

“S’il ne résulte pas de la jurisprudence de la Cour que les arrêts rendus à titre préjudiciel ont une autorité absolue, un effet *erga omnes*, en tout cas, un juge national ne peut faire abstraction d’un arrêt rendu à titre préjudiciel sur la même question que celle qu’il a à trancher”²²⁹. En d’autres termes, “quand la Cour a déjà statué sur la même question, le juge national a néanmoins la faculté de la saisir à nouveau sans y être tenu, mais cela implique logiquement que s’il s’en abstient, il doit se conformer à ce qui a été jugé par la Cour”²³⁰.

Cette autorité de la chose jugée “à géométrie variable” a été favorablement accueillie par les juridictions judiciaires comme en témoigne un arrêt de la Chambre criminelle : “la réponse donnée par la Cour de justice des Communautés européennes à une question préjudicielle posée par une juridiction nationale en application de l’article 177 du traité, a une portée telle qu’une juridiction nationale, saisie d’une question similaire, peut s’y référer”²³¹.

Bien que parfois nuancée, à l’instar de la jurisprudence communautaire, ou sujette à caution, comme la jurisprudence pénale, la position des juges à l’égard de l’autorité de la déclaration d’illégalité est aujourd’hui favorable à la reconnaissance d’une autorité absolue. La jurisprudence civile en est l’illustration parfaite aujourd’hui. Il reste, toutefois, des îlots de jurisprudence encore attachés à l’autorité relative²³².

L’existence d’un texte consacrant implicitement la thèse de l’autorité absolue pourrait être un nouveau motif d’évolution.

²²⁹ J-C. Bonnichot, concl. sur CE 13 juin 1986, ONIC, *RTDE* 1986, p. 533.

²³⁰ Ibid.

²³¹ Crim. 5 décembre 1983, *D* 1984, J, p. 217, note Cosson.

²³² V. infra, p. 693 et s.

2 - Les progrès textuels.

Un seul texte a effectivement consacré l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité d'un acte administratif. Encore ne s'agit-il que d'un décret, puisque, au regard des articles 34 et 37 de la Constitution, le contentieux administratif relève du pouvoir réglementaire.

En outre, son autorité a été fortement discutée²³³. Il s'agit du fameux décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers. Parmi les novatrices dispositions de ce décret figure l'article 2 dont la portée, vis-à-vis de la présente étude, a été méconnue.

Aux termes de ce texte, "lorsqu'une décision juridictionnelle devenue définitive émanant des tribunaux administratifs ou du Conseil d'État a prononcé l'annulation d'un acte non réglementaire par un motif tiré de l'illégalité du règlement dont cet acte fait application, l'autorité compétente est tenue, nonobstant l'expiration des délais de recours, de faire droit à toute demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif, lorsque l'acte concerné n'a pas créé de droits au profit des tiers".

De ces énonciations complexes, il convient de retenir que le décret "permet aux administrés de bénéficier de l'exception d'illégalité soulevée avec succès par autrui contre un règlement : eux-mêmes pourront obtenir le retrait ou l'abrogation des actes dont ils ont fait l'objet sur la base de ce règlement illégal"²³⁴.

C'est donc, à mots couverts, la reconnaissance implicite d'une autorité de la chose jugée absolue à la déclaration d'illégalité d'un acte administratif. La prise de position est importante.

²³³ Pour les commentaires de ce texte v. J-M. Auby, *Le décret du 28 novembre 1983*, AJDA 1984, p. 124 ; L. Baraduc-Bénabent et M. Parmentier, *Sauf urgence..., sous réserve et exception faite, ou le décret du 28 novembre 1983*, ALD 1984, p. 93 ; P. Delvolvé, *De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux*, D 1984, chr, p. 137 et RFDA 1984, p. 21 ; C. Gabolde, *La procédure administrative précontentieuse*, D 1984, chr, p. 119 ; C. Lepage-Jessua, *Le décret du 28 novembre 1983 : une mini-révolution ?*, GP 1984, doct, p. 145 ; H. Maisl, C. Wiener, J-M Woehrling, *Un décret ne fait pas le printemps*, AJDA 1984, p. 137 ; M-C. Rouault, *Le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers*, RA 1984, p. 466.

²³⁴ P. Delvolvé, art. préc.

Certes, il résultait antérieurement de la jurisprudence Ponard et de l'obligation d'abroger les règlements illégaux, une obligation d'abroger les règlements déclarés illégaux par le juge administratif. Mais, tout en constituant une avancée, cette solution restait compatible avec l'autorité relative de la déclaration d'illégalité. En effet, en cas de litige, le juge devait à nouveau démontrer l'illégalité de l'acte abrogé. Avec l'article 2 du décret du 28 novembre 1983, il en est dispensé : la simple référence à la précédente déclaration d'illégalité suffit à établir la légalité du retrait demandé ou l'illégalité du refus de retrait. Le pouvoir réglementaire consacre donc l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité.

Il ne le fait, cependant, que sous de strictes conditions, limitant de ce fait la portée de l'innovation.

Toute déclaration d'illégalité n'est pas dotée d'une autorité absolue. Il faut d'abord qu'elle vise un règlement, ce qui exclut une grande partie des actes administratifs. Est ensuite exigé que la déclaration d'illégalité ait conduit à l'annulation d'une mesure non réglementaire d'application. Toute déclaration d'illégalité non suivie d'annulation d'un acte n'est donc pas concernée. Cela se justifie par le fait qu'une similitude doit exister entre l'affaire ayant abouti à la déclaration d'illégalité et celle par laquelle le retrait d'une autre mesure d'application (non créatrice de droits au profit des tiers) du même règlement est demandée à l'administration. Un objet et un motif identiques sont alors exigés. A l'identité des parties près, le décret soumet l'autorité de la première déclaration d'illégalité aux conditions requises pour que puisse jouer l'autorité relative. Seule la différence de parties autorise à parler d'autorité absolue.

Dernière et essentielle condition de mise en oeuvre de l'article 2, "il ne suffit pas que la déclaration d'illégalité ait été reconnue par une quelconque juridiction"²³⁵, encore faut-il qu'elle émane "des tribunaux administratifs ou du Conseil d'État". Cette disposition peut sembler logique puisque "le texte exige que la déclaration

²³⁵ M. Bailly, art. préc.

d'illégalité se manifeste par l'annulation d'une mesure d'application du règlement irrégulier, or, à l'évidence, les juridictions judiciaires ne peuvent pas annuler un acte administratif²³⁶.

Par ailleurs, "il convient (...) que le caractère illégal de l'acte réglementaire soit certain ; or, seule une décision juridictionnelle dotée de l'autorité de chose jugée peut apporter cette certitude"²³⁷. Cependant, la restriction aux juges administratifs, et mêmes à certains juges administratifs seulement, de la compétence pour délivrer la déclaration d'illégalité surprend. Elle est peu compatible avec une véritable autorité absolue qui doit s'attacher au premier jugement de quelque juridiction qu'il émane.

Ces conditions restrictives expliquent l'échec pratique de la disposition. Il semble que seule la Cour administrative d'appel de Bordeaux ait été saisie d'une demande fondée sur l'article 2. Encore a-t-elle été justement rejetée, la déclaration d'illégalité du règlement résultant, en l'espèce, d'un avis rendu par le Conseil d'État sur le fondement de la loi du 31 décembre 1987, ledit règlement n'étant, au surplus, pas à l'origine de la décision individuelle contestée²³⁸.

Sous-jacente dans l'article 2 du décret du 28 novembre 1983, l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité n'a fait l'objet que d'une timide, mais notable, consécration textuelle. La raison en est que, malgré sa perte de terrain actuelle en jurisprudence comme en droit écrit, la conception traditionnelle, selon laquelle la déclaration d'illégalité ne jouit que d'une autorité relative, reste solidement implantée dans notre droit.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ V. CAA Bordeaux 18 octobre 1994, Immergluck, *D. Fisc.* 1994, 2168, concl. Bousquet.

B - La persistance de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité.

Des développements précédents, relatifs aux progrès de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité, certaines zones d'ombre ressortent. Le juge administratif en est absent. Un texte a même été nécessaire pour introduire en contentieux administratif une timide autorité absolue. Ce sont là les signes d'un inébranlable attachement de ce juge à la conception classique qui fait prévaloir les caractères de la procédure sur les exigences du principe de légalité.

Il serait cependant injuste de le prétendre isolé dans la défense d'une position dépassée. Malgré les solutions novatrices qu'elle a adoptées, la jurisprudence judiciaire traduit les nécessaires limites à apporter à l'autorité absolue : toute déclaration d'illégalité n'est pas susceptible, à ses yeux, d'en être dotée.

1 - L'autorité relative, principe devant le juge administratif.

Rarement la jurisprudence administrative n'offre une continuité aussi parfaite qu'en matière d'autorité de la chose jugée par voie d'exception. Bien qu'il porte sur la question de l'autorité de la chose interprétée, un vénérable arrêt de 1851 donnait en son temps la position qui est encore celle du Conseil d'État.

“Sur les conclusions de ladite Compagnie tendant à ce qu'il soit déclaré que l'interprétation du traité sur le point dont il s'agit est donnée une fois pour toutes, et que ses effets ne seront pas limités à l'espèce à l'occasion de laquelle elle a été demandée : il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux, de déclarer la décision par lui rendue à l'occasion d'un litige obligatoire pour les tiers qui y étaient étrangers”²³⁹.

Comme à l'égard des décisions rendues à la suite de recours en interprétation, la chose jugée sur une exception d'illégalité n'est opposable qu'aux parties à l'affaire en cause.

⁸⁰ CE 8 mars 1851, Compagnie Usquin, p. 175.

Cela se vérifie, en premier lieu, lorsque l'exception d'illégalité forme une question préalable pour le juge de l'action. L'hypothèse est celle où un juge administratif a déjà prononcé une déclaration d'illégalité d'un acte contesté une nouvelle fois dans un autre litige. Le Conseil d'État n'accepte pas de se référer à la première décision et préfère réexaminer l'acte, quitte, naturellement, à reprendre la même solution.

Les exemples sont multiples. Il suffit d'en citer deux récents. Le premier est relatif à l'illégalité d'un arrêté ministériel du 22 octobre 1982 déléguant, notamment, aux Commissaires de la République compétence aux fins de fixer l'augmentation maximale autorisée des prix des services publics locaux administratifs. Entachée d'incompétence, cette délégation a été une première fois déclarée illégale par un arrêt du 27 avril 1987²⁴⁰. Mais, cet arrêté ayant connu de nombreuses applications et les collectivités locales souhaitant bénéficier de marges d'augmentation supérieures à celles fixées, d'autres litiges sont parvenus au juge administratif. Ne reconnaissant qu'une autorité relative à la première déclaration d'illégalité de cette disposition, le Conseil d'État a ainsi été contraint de reproduire à trois occasions sa démonstration, faute de pouvoir se borner au constat de la chose jugée²⁴¹.

Plus remarquables encore, mais parfaitement rigoureuses, sont les hypothèses dans lesquelles, jugeant le même jour plusieurs recours portant sur un même problème, le juge est amené à démontrer dans chaque décision l'illégalité qu'il vient de constater par voie d'exception. Un exemple récent et fameux peut être trouvé dans les arrêts *SA Rothmans international France et Société Arizona tobacco products*²⁴².

²⁴⁰ V. CE 27 avril 1987, *Ministre du budget c/ Société "Mercure -Paris-Étoile"*, p. 147.

²⁴¹ V. CE 23 décembre 1987, *Commune de Trélassac*, inédit, req n° 74329 ; CE 22 janvier 1988, *Commune de Levallois-Perret*, p. 570 ; CE Sect. 2 mars 1990, *Commune de Boulazac*, *RFDA* 1990, p. 621, concl. Abraham.

²⁴² V. CE Ass. 28 février 1992, *SA Rothmans international France et SA Philip Morris France* et, même jour, *Société Arizona tobacco products et SA Philip Morris France*, p. 80, concl. M. Laroque ; *AJDA* 1992, p. 210, concl. et, p. 329, chr. Maugué et Schwartz ; *JCP* 1992, II, 21859, note Teboul ; *LPA* 1992, n° 44, p. 18, note Célerier ; *RFDA* 1992, p. 425, note Dubouis.

Le Conseil d'État, sur recours de la première société, a annulé le rejet implicite d'une demande d'augmentation du prix des produits importés et commercialisés par elle, en raison de la contrariété de la loi du 24 mai 1976 à une directive du 19 décembre 1972 du Conseil des Communautés européennes et donc, de l'illégalité du décret d'application de cette loi qui a justifié le rejet attaqué.

Il a ensuite, sur le recours en responsabilité pour illégalité du refus, engagé par la seconde société, redémontré "l'inconventionnalité" de la loi du 24 mai 1976 et l'illégalité consécutive de son décret d'application.

C'est admettre implicitement que la déclaration d'illégalité n'a qu'une autorité relative de la chose jugée.

Le même principe vaut également lorsque la première déclaration d'illégalité émanait d'un juge répressif, compétent pour connaître de la question préalable relative à la légalité d'un acte administratif.

Ainsi s'explique un arrêt Guiteau du 2 mars 1934²⁴³ dans lequel le Conseil d'État a statué sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté municipal précédemment déclaré illégal par le juge répressif. La considération des objets différents des deux contestations est le motif de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité. "Si le tribunal de simple police a jugé, postérieurement à l'introduction de la requête, qu'en admettant que le terrain litigieux appartint à la commune de Prudemanche, l'arrêté attaqué aurait été pris dans l'intérêt du domaine privé de la commune et serait ainsi entaché d'illégalité, cette circonstance ne saurait avoir pour effet de rendre sans objet le recours pour excès de pouvoir formé en vue d'obtenir l'annulation dudit arrêté".

La solution prévaut naturellement encore lorsque, en second lieu, l'exception d'illégalité constitue une question préjudicielle renvoyée par un juge judiciaire.

²⁴³ CE 2 mars 1934, Guiteau, p. 1235.

L'existence d'une précédente déclaration d'illégalité par le Conseil d'État, juge du renvoi préjudiciel, n'interdit pas l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir contre l'acte en cause. Ainsi, dans un arrêt de 1918 est-il affirmé que "si le Conseil d'État a, le 27 juin 1913, déclaré entaché d'illégalité l'arrêté du maire de Clamart du 5 octobre 1910 appliquant le plan général d'alignement (...) à un terrain (...), il n'a pu, n'étant alors saisi de la question que sur renvoi de l'autorité judiciaire, prononcer l'annulation de cet arrêté ; par suite, le recours pour excès de pouvoir du sieur Crevel conserve son intérêt"²⁴⁴.

Par ailleurs, le juge administratif statue sur les questions préjudicielles qui lui sont soumises alors même qu'elles porteraient sur la légalité d'un acte administratif précédemment déclaré illégal sur un recours en appréciation de légalité formé après renvoi par le juge civil. La double déclaration d'illégalité de l'article 75 du règlement intérieur applicable au personnel navigant commercial de la Compagnie Air France²⁴⁵ en fournit une illustration.

Toutefois, il s'agit d'une jurisprudence vouée à l'abandon depuis que la Cour de cassation, en ses chambres criminelle, civile et sociale, attribue une autorité absolue à toute déclaration d'illégalité émanant d'un juge administratif. Il est intéressant de noter, à titre anecdotique, que le revirement en cause, a permis à la Cour d'éviter une troisième déclaration d'illégalité de l'article 75 du règlement intérieur d'Air France. C'est, en effet, cette disposition qui était contestée une nouvelle fois dans l'affaire à l'origine de l'arrêt de la Chambre sociale du 7 décembre 1993²⁴⁶.

Malgré la réduction de son champ d'application, l'attachement du juge administratif au principe de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité trouvera encore

²⁴⁴ CE 3 mai 1918, Crevel, p. 413.

²⁴⁵ V. CE Sect. 6 février 1981, Demoiselle Baudet, p. 53 ; CE 5 juin 1981, Demoiselle Layani, *RDP* 1982, p. 528.

²⁴⁶ V. Soc. 7 décembre 1993, *JCP* 1994, II, 22245, obs Waquet.

matière à se manifester. Il fournit au Conseil d'État un fondement solide à l'un de ses motifs d'opposition au droit communautaire. Un arrêt Office national interprofessionnel des céréales, relatif au calcul de certains montants compensatoires monétaires, permet de mieux comprendre la situation. Le juge y affirme que "si la Cour de justice des communautés européennes (...) a estimé, en réponse à une question préjudicielle posée sur ce point précis, que "l'invalidité" du règlement litigieux ne permettait pas de remettre en cause les perceptions effectuées antérieurement à l'arrêt d'invalidation du 15 octobre 1980, cette appréciation formulée dans le cadre de litiges soumis à d'autres juridictions et opposant des parties différentes, ne pouvait s'imposer avec l'autorité de la chose jugée au tribunal administratif de Paris"²⁴⁷. Sans être nécessairement contraire à la jurisprudence *International chemical corporation* de la Cour de justice²⁴⁸ qui ouvre un choix au juge de l'action quant à l'autorité à donner à la déclaration d'invalidité, cet arrêt marque la volonté du juge administratif de ne pas se considérer comme lié par la chose jugée par voie d'exception. Son attachement à l'autorité relative lui fournit un motif satisfaisant.

Sa position de principe suscite cependant des critiques de plus en plus nombreuses. "Il y a là sans doute, la conséquence d'une surestimation de l'importance (quant à la question en cause) du prononcé d'une annulation. Il faut souhaiter que le juge en prenne conscience. Et, en admettant que, compte tenu du régime général des recours en appréciation de légalité, il ne puisse rejeter comme irrecevables de tels recours quand ils se rapportent à des décisions déjà reconnues illégales, il devrait, sans en faire un réexamen, statuer en se référant à ce qui a déjà été jugé. Son comportement devrait être le même quand un recours

²⁴⁷ V. CE 13 juin 1986, ONIC, *RTDE* 1986, p. 533, concl. Bonichot.

²⁴⁸ V. *supra*, p. 688.

pour excès de pouvoir est formé contre une décision dont l'illégalité a été précédemment déclarée"²⁴⁹.

Au surplus, cela a été noté, combinée avec la jurisprudence Ponard, l'autorité de la déclaration d'illégalité est bien près d'être absolue en fait, du moins en ce qui concerne l'appréciation de la légalité de l'acte. Les formules jurisprudentielles montrent que le Conseil d'État est conscient de ce qu'une déclaration d'illégalité grève l'acte d'une tare définitive.

Un vieil arrêt de 1937 est, à cet égard, particulièrement instructif. Saisi d'un recours en interprétation d'une déclaration d'illégalité prononcée dans une affaire antérieure, le juge a conclu son explication en des termes très nets : "il est déclaré que l'arrêt du Conseil d'État, en date du 3 juillet 1935, a jugé que l'arrêté réglementaire du maire de Cavillargues, en date du 31 mai 1906, a cessé d'être légal en tant qu'il comportait l'interdiction des processions traditionnelles"²⁵⁰. Les exigences du principe de légalité sont visiblement acceptées. Seule la prise en considération des caractères procéduraux de l'exception d'illégalité retient le juge de donner à la déclaration d'illégalité une autorité absolue.

La primauté donnée à des règles de procédure sur le principe de légalité peut surprendre en droit. Elle se justifie peut-être en fait²⁵¹.

Cette primauté se ressent également dans la jurisprudence judiciaire qui n'admet l'autorité absolue que des déclarations d'illégalité émanant de juges administratifs.

2 - L'autorité relative, résiduelle devant les juridictions judiciaires.

Devant les tribunaux judiciaires "le passage de l'effet *inter partes* à l'effet *erga omnes* n'est pas général (...). Il est unilatéral en ce sens qu'il n'affecte que les

⁹⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995, n° 883.

²⁵⁰ CE 26 mai 1937, Richard, p. 521.

²⁵¹ V. infra, Section II, p. 701 et s.

décisions interprétatives données par les juridictions administratives à la demande des tribunaux judiciaires”²⁵². Toute autre déclaration d’illégalité reste encore aujourd’hui limitée à l’espèce qui l’a provoquée.

La nuance est mineure concernant les juridictions civiles qui n’ont que rarement compétence pour statuer sur les exceptions d’illégalité d’actes administratifs.

Elle ne pouvait être négligée dans le cas des juridictions répressives qui ont désormais plénitude de compétence en la matière depuis la loi du 22 juillet 1992 révisant le code pénal.

Les déclarations d’illégalité prononcées par le juge pénal ne sont dotées que d’une autorité relative. La solution qui prévalait avant l’arrêt Abbé Gautrand s’est maintenue par la suite. Waline le notait dans ses cours, “l’autorité de la chose jugée est strictement limitée à la poursuite pénale qui l’a provoquée. Le tribunal de police est absolument libre de juger, dans une seconde poursuite, soit contre un tiers, soit contre le même prévenu, pour d’autres faits, en sens contraire de sa première décision. C’est dire que son jugement laisse subsister l’acte contesté : il y a simplement refus de sanction de l’acte dans une poursuite déterminée et rien de plus”²⁵³.

Un seul exemple suffit à en prendre conscience. Le port obligatoire de la ceinture de sécurité a provoqué une vive controverse juridique. Elle s’est traduite, à l’occasion de poursuites pénales, par de multiples déclarations d’illégalité prononcées par les tribunaux de police²⁵⁴ selon des fondements fort divers. Elles sont la preuve de l’autorité simplement relative qui leur est reconnue entre juridictions pénales.

²⁵² C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954, p. 246.

²⁵³ M. Waline, *Cours de doctorat*, 1947-1948, p. 144.

²⁵⁴ V. Trib. Pol. Bressuire 26 février 1976, *GP* 1977, I, p. 12, note Doll ; Trib. Pol. Saint Étienne 27 septembre 1978, *GP* 1979, I, Som, p. 157 ; Trib. Pol. Castelsarrasin 27 février 1979, *GP* 1979, I, Som, p. 158 ; Trib. Pol. Boulay 4 mai 1979, *GP* 1979, 2, p. 514 ; Trib. Pol. Illkirch-Graffenstaden 21 juin 1979, cité in *GP* 1980, I, p. 295, note P.L.G.

Les tribunaux civils refusent également de doter les déclaration d'illégalité qu'ils prononcent ou celles des juges répressifs, de l'autorité absolue. Ainsi, commentant un arrêt de la Chambre criminelle appréciant la légalité d'un arrêté d'expulsion, le professeur Lagarde notait que "cette autorité paraît devoir être limitée. Il faut, en effet, tenir compte du fait que la déclaration d'illégalité n'est pas une annulation de l'acte mais une constatation faite par la juridiction répressive à l'appui de sa décision de relaxe"²⁵⁵. De ce fait, "il semble donc que le tribunal de grande instance devrait renvoyer à la juridiction administrative la question de légalité de l'arrêté d'expulsion (...), sans tenir compte de la position prise sur ce point par la juridiction répressive"²⁵⁶.

Cette présence résiduelle de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité dans la jurisprudence judiciaire, pourtant favorable à l'autorité absolue, provoque le doute. Autorité relative ou absolue ? Des principes contradictoires gouvernent la question. L'état du droit est contrasté entre les deux ordres comme au sein de chacun d'eux. Heureusement, il semble possible d'envisager un dépassement des solutions actuelles

SECTION II - LE DÉPASSEMENT DES SOLUTIONS ACTUELLES.

L'étude théorique du problème de l'autorité de la chose jugée par voie d'exception n'autorise pas une prise de position définitive puisque l'autorité relative, comme l'autorité absolue, peuvent être soutenues avec une égale conviction. Le partage des juridictions entre les deux thèses en est une preuve tangible. Ce constat d'incertitude n'est guère satisfaisant en droit. Une jurisprudence qui oscille sans raison pertinente entre deux logiques opposées marque l'échec du raisonnement

²⁵⁵ P. Lagarde, note sous Crim. 21 octobre 1987, *RCDIP* 1988, p. 291.

²⁵⁶ Ibid.

juridique. En réalité, “le choix en faveur tantôt de l'autorité absolue, tantôt de l'autorité relative n'est commandé par aucun critère rationnel”²⁵⁷

Devant l'impuissance du droit, seul un examen matériel peut permettre de vider le débat.

Le choix de l'autorité relative ou absolue de la chose jugée sur l'exception d'illégalité n'est pas un débat purement théorique : il correspond à deux réalités forts différentes. La pratique contentieuse sera profondément modifiée selon que la jurisprudence penchera pour l'une ou l'autre solution. Pour la bonne administration de la justice, laquelle est préférable ?

La première est d'une lourdeur inopportune, la seconde irréalisable. L'issue est alors dans l'adoption d'une voie moyenne.

§ 1 - L'INOPPORTUNE AUTORITÉ RELATIVE.

L'autorité relative de la chose jugée par voie d'exception conduit à limiter la portée d'une solution de droit objectif à un contentieux déterminé. En bref et pour caricaturer, elle n'accorde qu'une valeur subjective à une question objective. La contradiction est dénoncée par les tenants de l'autorité absolue pour lesquels un problème objectif appelle une solution du même ordre. Il est alors naturel qu'ils critiquent les contraintes matérielles engendrées par l'autorité relative. Obligeant chaque requérant à critiquer la légalité de l'acte en cause, elle emporte des conséquences ambivalentes quant à la marche de la justice.

²⁵⁷ J-F. Flauss, *L'autorité de chose décidée des actes administratifs individuels devant le juge civil*, GP 1989, 2, p. 623.

A - Une contrainte pour les requérants.

Liée à la portée simplement relative de la déclaration d'illégalité, l'obligation faite aux plaideurs de soulever autant de fois que de besoin l'exception d'illégalité d'un acte pourtant précédemment déclaré illégal est une contrainte juridiquement inévitable.

1 - L'obligation de soulever systématiquement l'exception d'illégalité.

Affirmer qu'une décision de justice n'est dotée que d'une autorité relative de la chose jugée c'est interdire de s'y référer en toute autre espèce que celle qui l'a provoquée. Dès lors, le point de droit, s'il se répète dans plusieurs affaires portées devant un juge, sera à chaque fois jugé librement, comme lors de son premier examen. Cela emporte une conséquence évidente : pour bénéficier de la même solution que le premier requérant, chaque justiciable postérieur devra suivre la même procédure.

Ainsi, en cas de déclaration d'illégalité d'un acte administratif sur l'initiative d'un particulier, la reconnaissance d'une autorité relative à cet élément du jugement contraint tout justiciable éventuel, victime du même acte, à soulever lui-même le moyen tiré de l'exception d'illégalité. Il doit faire valoir l'illégalité de l'acte en étayant sa position par des arguments juridiques pertinents. Evidemment, il lui est loisible d'en formuler de nouveaux, comme de reprendre ceux qui ont conduit à la première déclaration d'illégalité. Une seule chose lui est interdite sous peine d'irrecevabilité, celle de demander la mise à l'écart de l'acte en cause en raison de l'autorité de la chose précédemment déclarée. Celle-ci n'étant dotée que d'une autorité relative, s'oppose à ce qu'il suffise de s'y référer pour obtenir satisfaction sur le recours.

La démonstration d'Édouard Laferrière au sujet de l'autorité de la chose interprétée vaut ici encore: "elle ne saurait avoir une portée plus étendue que la décision rendue sur le fond même de ce litige. Elle ne peut donc produire d'effets

qu'entre les parties en cause ; à l'égard de toute autre partie, elle est *res inter alios judicata* et elle ne saurait faire obstacle à de nouvelles demandes"²⁵⁸.

L'autorité relative n'ayant pas pour effet de poser une solution juridique définitive, "rien n'interdit en tout cas à une personne (la même ou une autre) à laquelle il est fait application du règlement en cause de soulever à nouveau l'exception d'illégalité à l'occasion d'un recours contre l'acte d'application"²⁵⁹.

Faculté, en ce sens qu'un justiciable n'est pas obligé de soulever contre son gré une exception d'illégalité, l'autorité relative se transforme en obligation dans la mesure où il est tenu de la soulever s'il désire bénéficier lui aussi d'une déclaration d'illégalité de l'acte en cause. Il paraît douteux, en effet, qu'il ne mette pas à profit l'expérience heureuse de l'un de ses prédécesseurs pour garantir le succès de son action en justice.

De ce fait, il est plus exact d'affirmer qu' "à l'occasion de chaque nouveau litige dans lequel le texte déclaré illégal se trouve invoqué, celui auquel on l'oppose ne peut se borner à faire état de la déclaration d'illégalité obtenue par d'autres parties mais doit saisir à son tour la juridiction administrative"²⁶⁰.

Cet état de chose est inévitable. Aucun mécanisme contentieux ne permet de s'y soustraire.

2 - Une contrainte inévitable.

Un seul mécanisme contentieux pourrait, *a priori*, permettre aux justiciables de se dispenser de soulever dans chaque espèce, l'exception d'illégalité d'un acte administratif dont l'illégalité a été précédemment déclarée. Il s'agit du recours à la catégorie des moyens d'ordre public.

²⁵⁸ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T. II, 1888, p. 591.

²⁵⁹ J-M. Auby, *Le décret du 28 novembre 1983*, *AJDA* 1984, p. 124.

²⁶⁰ B. D., note sous Soc. 30 janvier 1969, *GP* 1969, I, p. 225.

L'idée est simple : elle se fonde sur l'obligation faite aux juges de soulever d'office les moyens qualifiés d'ordre public. Octroyer une telle qualité à la déclaration d'illégalité permettrait ainsi aux requérants de se reposer sur le juge et de bénéficier indirectement de la chose précédemment jugée sur l'exception d'illégalité de l'un de leurs prédécesseurs.

La solution paraît, en effet, compatible avec la thèse de l'autorité simplement relative de la déclaration d'illégalité. Savoir si une décision de justice peut être invoquée dans tous les litiges où la même question de droit se pose ou seulement dans l'espèce qui l'a provoquée, et savoir si le moyen de droit constitué par la violation de la chose jugée est d'une gravité suffisante pour devoir être soulevé d'office en tout état de cause par le juge paraissent relever de deux problèmes distincts.

Il existe cependant une corrélation logique entre ces deux questions. Certes, la qualité de moyen d'ordre public de l'annulation d'un acte n'est pas dictée par l'autorité absolue de la chose jugée. Il serait pourtant contraire à une telle autorité de ne pas contraindre le juge à l'invoquer lorsque les parties n'en ont pas eu connaissance. Toute autre solution aboutirait à autoriser une dérogation à l'autorité absolue de la chose jugée, ce qui est intrinsèquement contradictoire.

Le même raisonnement s'impose pour l'autorité relative. Tenter de limiter les effets néfastes de l'autorité relative par sa qualification de moyen d'ordre public serait incohérent. Si le juge était tenu de soulever spontanément le moyen de la violation de la déclaration d'illégalité antérieurement prononcée, cela reviendrait à conférer à celle-ci une portée absolue, puisqu'en tout litige elle devrait être respectée. Une semblable construction serait, là encore, intrinsèquement contradictoire.

L'impression initiale est donc erronée. Pas plus qu'il ne serait admissible que l'autorité absolue de la chose jugée ne soit pas un moyen d'ordre public, pas plus il ne pourrait être soutenu que l'autorité relative en constitue un.

Le constat est original : il existe des moyens pour lesquels le caractère d'ordre public ou non ne dépend guère de la volonté du juge ou de l'importance des comportements qu'ils censurent. Leur qualité est imposée par leur nature même et tenter de modifier la première serait méconnaître la seconde.

Tel est le cas de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité. Une fois admise, elle suppose nécessairement que le moyen qu'elle recouvre n'est pas un moyen d'ordre public. Dès lors, le principal inconvénient est inévitable : à la suite d'une déclaration d'illégalité, l'exception reste à l'initiative des justiciables visés par l'acte en cause.

Il n'est dérogé à cet état de fait que lorsque cet acte est entaché d'un vice constitutif, lui-même, d'un moyen d'ordre public²⁶¹. Il ne s'agit cependant pas là d'une hypothèse contraire à la démonstration puisque la qualité de moyen d'ordre public ne s'attache pas à la déclaration d'illégalité mais au vice qui la fonde.

L'autorité simplement relative reconnue à celle-ci, inévitable, est source d'inconvénients graves pour la bonne administration de la justice.

B - Des conséquences ambivalentes.

Contraignant chaque justiciable, désireux d'obtenir le bénéfice de la déclaration d'illégalité d'un acte administratif, à invoquer lui-même l'exception d'illégalité, l'autorité relative de la chose jugée par voie d'exception est un principe lourd, lent et coûteux.

Lourd, parce qu'il impose systématiquement la mise en oeuvre du mécanisme de l'exception d'illégalité. Dans chaque espèce, le caractère opérant puis la recevabilité de l'exception doivent être appréciés et, enfin, le moyen examiné au fond. Ce débat incident à la procédure principale complique la tâche des justiciables et celle du juge. La lourdeur se manifeste davantage encore lorsque

²⁶¹ V. supra, Deuxième Partie, Chapitre II, p. 408 et s.

l'exception d'illégalité constitue pour le juge de l'action une question préjudicielle. Il est alors tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge compétent ait rendu sa décision sur le recours en appréciation de légalité que les parties forment dans les meilleurs délais. Mobilisant deux juges pour répondre à une question de droit précédemment examinée, l'autorité relative se traduit donc par une lourdeur procédurale peu commune. Elle a ce grave désagrément que "chaque fois qu'est invoquée la déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire, le juge civil, dès lors que l'exception est sérieuse, doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'État se soit de nouveau prononcé sur une question qu'il avait déjà tranchée!"²⁶².

Pesante, l'autorité relative est corrélativement source de lenteur. Le fait est évident en cas de question préjudicielle puisqu'il pourra s'écouler plusieurs mois, voire plus d'une année, entre le sursis à statuer prononcé par le juge judiciaire et la décision rendue sur le recours en appréciation de validité. Le jugement sur le fond n'interviendra, quant à lui, qu'au terme de la procédure reprise devant le juge de l'action. Les mois consacrés au jugement de ce qui n'est qu'une question incidente ne peuvent que préjudicier à la portée du jugement final.

Le ralentissement se produira également en cas de question préalable. Le jugement de l'exception d'illégalité, bien qu'il reste de la compétence du juge de l'action, comporte des étapes nombreuses et délicates pouvant justifier de minutieux examens.

Lenteur et lourdeur sont, enfin, synonymes de cherté. Qu'elle soit ou non question préjudicielle pour le juge de l'action, l'exception d'illégalité peut générer des frais supplémentaires dont le justiciable pourrait faire l'économie par la consécration d'une autorité absolue de la chose jugée par voie d'exception.

Mais, ce qui suscite plus encore le mouvement actuel en faveur de l'autorité absolue tient au vice rédhibitoire dont l'autorité relative est fondamentalement entachée.

²⁶² P. Sargos, rap. sur 1ère Civ. 19 juin 1985, *D* 1985, J, p. 485.

Libérant le juge de l'exception de tout respect de la précédente déclaration d'illégalité, elle l'autorise à conclure son examen différemment. En effet, "le juge n'est pas lié par la déclaration d'illégalité antérieure"²⁶³.

Bien que, "dans la plupart des cas, il se conformera à cette solution"²⁶⁴, rien ne lui interdit d' "interpréter une seconde fois le même acte dans un sens autre que la première fois"²⁶⁵.

L'ambiguïté de l'autorité relative apparaît alors : elle mène soit à des exceptions d'illégalité inutiles soit à des contradictions inadmissibles.

1 - Une source de complications inutiles.

La répétition, au fil des exceptions d'illégalité, de la déclaration d'illégalité d'un acte n'est pas une hypothèse d'école. Des textes dont l'illégalité a été constatée à de multiples reprises ont déjà été cités, notamment pour démontrer l'attachement du juge administratif au principe de l'autorité relative.

La répétition de raisonnements et de solutions identiques n'est pas satisfaisante. Elle est contraire à bien des croyances. "En pratique la constatation, par voie d'exception, de l'illégalité d'un acte frappe celui-ci d'une caducité de fait"²⁶⁶.

Le constat est similaire lorsque la déclaration d'illégalité émane d'un juge pénal. "Théoriquement, il serait possible que le juge répressif, dans une seconde poursuite, déclarât légal l'acte qu'il avait une première fois estimé illégal. Mais de telles sautes d'humeur d'un juge sont peu probables ; aussi, pratiquement, lorsque le juge répressif a refusé toute sanction à un règlement en le déclarant illégal, ce règlement est condamné à mort"²⁶⁷.

²⁶³ J-M. Auby, *Le décret du 28 novembre 1983*, AJDA 1984, p. 124.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ M. Réglade, *L'exception d'illégalité en France*, RDP 1923, p. 393.

²⁶⁶ M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint Marc, D. Labetoulle, *Leçons de droit public*, IEP, 1989, p. 127.

²⁶⁷ M. Waline, *Droit administratif*, 8ème éd., Sirey, 1959, p. 860.

L'image est trop forte. L'acte déclaré illégal n'est pas annulé. Certes, l'administration ne doit plus l'appliquer, mais, en cas contraire et faute de recours, l'illégalité est dépourvue d'effets ailleurs que dans le litige où elle a été constatée. C'est cette utilisation marginale et aux risques et périls de l'administration qui donne sa portée concrète au problème de l'autorité de la déclaration d'illégalité.

Cependant, une nouvelle fois saisi, le juge se prononcera probablement encore en faveur de l'illégalité de l'acte. Paradoxalement, même conduisant à un tel résultat, l'autorité relative de la déclaration d'illégalité est encore critiquable.

Certes, le justiciable obtient satisfaction en bénéficiant, dans le procès qui l'intéresse, de la mise à l'écart d'un acte administratif essentiel à la solution. Certes, l'unité du droit est assurée par la continuité existant entre les différents examens de sa légalité. Mais il s'agit d'une victoire à la Pyrrhus.

Que d'efforts, que de temps consacrés à l'obtention d'une solution déjà connue ! Les inconvénients de l'autorité relative n'en ressortent alors que plus : la procédure de l'exception d'illégalité semble d'autant plus lourde, lente et coûteuse qu'elle n'apporte rien de nouveau. Si tel n'était pas, il est vrai, son objectif, le résultat n'en est pas moins choquant. Un auteur l'a ironiquement dénoncé : "le juge civil auquel une partie apporte la preuve que, précédemment, le Conseil d'État a déclaré un texte réglementaire illégal, ne pourrait que lui répondre : "fort bien, mais saisissez de nouveau le Conseil d'État ou bien j'applique ce texte !" Ce n'est plus du droit, c'est "Ubu-droit"!"²⁶⁸.

A l'absurde se joint l'inanité. Par définition, la nouvelle déclaration d'illégalité est elle-même marquée au sceau de l'autorité relative. Le travail devra être répété si un autre requérant critique à son tour la légalité de cet acte administratif.

La fonction juridictionnelle apparaît alors sous un jour bien ingrat. Pareil à Sisyphe, le juge est contraint de refaire sans fin le même effort. Sitôt achevé, il est de nouveau à fournir, sans espoir d'acquiescer un jour certitude et universalité. Ce

²⁶⁸ P. Sargos, rap. préc.

destin est d'autant plus pénible qu'à chaque espèce un même résultat positif est atteint. Comment ne pas revendiquer alors le droit, pour le juge, d'intégrer à l'ordonnancement juridique le fruit de son labeur ?

“L'avenir demeure incertain et équivoque : il n'est pas déblayé. Sans doute l'issue de poursuites nouvelles peut être présumée. Mais ce sont des ennuis et des frais pour les intéressés, s'il leur faut répondre à une poursuite même frustratoire et se présenter devant le tribunal, même pour s'y entendre acquitter”²⁶⁹.

Outre ces critiques de fond, l'autorité relative de la déclaration d'illégalité n'est plus compatible avec la situation précaire du système judiciaire français actuel.

Toutes les réformes, anciennes ou récentes, du contentieux administratif ont pour seul objectif de remédier aux dysfonctionnements graves de cet ordre juridictionnel. Ils sont connus et presque organiques : engorgement des tribunaux et lenteur des procédures. La réforme de 1987, malgré son importance, avec la création d'une juridiction d'appel, n'a apporté qu'un soulagement temporaire. Si les causes du mal sont structurelles, des efforts n'en doivent pas moins être effectués par le juge administratif lui-même, pour supprimer, au sein des procédures toutes les sources de complications inutiles. C'est le prix à payer pour une bonne administration de la justice.

Le principe de l'autorité relative de la chose jugée par voie d'exception est, parmi d'autres, une source supplémentaire de lenteur des instructions. “A une époque où les magistrats se trouvent submergés par les dossiers, cette position se révèle parfaitement archaïque et dépassée”²⁷⁰.

La tâche du juge, au surplus, n'est guère passionnante. Si, en théorie, une remise en question de la première déclaration d'illégalité est autorisée, en fait, lorsqu'elle

²⁶⁹ Anonyme, note sous Crim. 3 mai 1912, S 1913, I, p. 420.

²⁷⁰ D. Boutet, *Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité*, RDP 1990, p. 1735.

est exempte de critique, l'examen des nouvelles exceptions d'illégalité se traduit souvent par un simple travail de copiste.

Il serait erroné de croire, en effet, que chaque exception d'illégalité est un problème juridique original alors même que la question a déjà été tranchée. Seul le fond de chaque action est unique, l'exception, elle, est toujours identique.

Ce n'est donc qu'en cas d'inexactitude de la déclaration d'illégalité initiale, que le juge de l'exception peut faire oeuvre créatrice. Cette hypothèse comporte, toutefois, elle aussi, un écueil : elle ouvre la voie à de néfastes contradictions jurisprudentielles.

2 - Une source de contradictions.

Quand elle n'apparaît pas, *a posteriori*, inutile en raison de la reproduction de la première déclaration d'illégalité, la nouvelle exception d'illégalité, imposée par le principe de l'autorité relative, est nécessairement source de contradictions.

Elle aboutit, en effet, à ce que la légalité d'un acte administratif soit appréciée différemment selon les juridictions.

C'est sur ce risque de contradictions, intolérable à leurs yeux, que se focalisent les critiques des partisans de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité.

Force est de constater qu'il se réalise parfois, l'hypothèse lui donnant naissance étant relativement simple. "Deux juges peuvent successivement trancher la même question, celle de la légalité d'un acte administratif. En effet, la légalité de celui-ci peut donner lieu à deux instances, l'une judiciaire et l'autre administrative parce que les deux voies de recours ne sont pas exclusives l'une de l'autre"²⁷¹.

Les risques de divergences sont d'autant plus élevés que les juridictions judiciaires ont une large compétence en matière d'appréciation de légalité. Dès lors, les illustrations sont plus nombreuses entre juridictions administratives et répressives

²⁷¹ C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954, p. 59.

qu'entre les premières et les tribunaux civils. De la même manière, s'ils peuvent se réaliser en théorie, les risques de divergence de jurisprudence entre juridictions du même ordre sont plus faibles qu'entre juridictions des deux ordres.

Ces précisions apportées, quelques exemples sont nécessaires. "Deux situations peuvent (...) se présenter selon que le tribunal administratif a statué le premier ou, au contraire, statué après le tribunal répressif judiciaire"²⁷².

Il se peut, en premier lieu, mais la lenteur des procédures administratives rend le cas relativement rare, que le juge administratif statue le premier sur la légalité d'un acte. Comme "il y a lieu pour [lui] de se prononcer sur la validité sans se préoccuper de ce qui pourra se produire au cours de l'instruction devant l'autorité judiciaire"²⁷³, cette dernière pourra ultérieurement contredire son appréciation.

Le juge administratif peut déclarer légal un acte dont le juge judiciaire dénoncera ensuite l'illégalité. Cela semble se produire très rarement²⁷⁴. Il convient, toutefois, de rapprocher de cette hypothèse tous les arrêts de la Chambre criminelle déclarant illégal un acte dont le recours pour excès de pouvoir a été précédemment rejeté par le juge administratif²⁷⁵. Certes, une différence fondamentale entre les deux situations réside dans la nature de la contestation de l'acte, par un recours par voie d'action dans le second cas, par voie d'exception dans le premier. Mais cela illustre les risques de divergence entre juridictions administrative et répressive dans l'exercice du contrôle de légalité.

L'hypothèse inverse, par laquelle un rejet de l'exception d'illégalité fait suite à une déclaration d'illégalité du même acte prononcée par le juge administratif, ne s'est, sauf erreur, jamais réalisée. Le constat n'est pas surprenant.

²⁷² Ibid, p. 60.

²⁷³ Teissier, concl. sur CE 12 novembre 1909, Descieux, p. 869.

²⁷⁴ V. CE 8 août 1882, Pergod, p. 789 et Crim. 17 novembre 1882, Dunoyer ; CE 8 février 1985, Association des centres distributeurs E. Leclerc, p. 26 et Crim. 21 mars 1985, *JCP* 1985, IV, p. 197.

²⁷⁵ V. sur ce point, Crim. 3 avril 1930, *Bull Crim*, n° 107 ; Crim. 18 mars 1933, *Bull Crim*, n° 59 ; Crim. 18 juillet 1957, *Bull Crim*, n° 564 ; Crim. 4 mars 1986, *Bull Crim*, n° 89.

Depuis 1930, la Chambre criminelle dote les déclarations d'illégalité émanant du Conseil d'État d'une autorité absolue. Elle s'interdit donc toute critique de la solution rendue par lui. Quant aux juridictions civiles leur compétence marginale en matière d'appréciation de légalité ne leur a guère permis de contredire elles-mêmes une juridiction administrative.

Il importe, cependant, de signaler une affaire dans laquelle la première Chambre civile a retenu une voie de fait pour écarter un décret antérieurement déclaré entaché d'incompétence par le Conseil d'État qui, à son tour, a ultérieurement écarté la qualification de voie de fait²⁷⁶. La divergence de fondement de l'illégalité est notable. Elle témoigne éventuellement du désir de la Cour de cassation de ne pas saisir son homologue administratif d'un point de droit déjà connu et de ses efforts pour habiller juridiquement sa position. Seul le recours à la voie de fait était alors à sa disposition. Plus sûrement, elle traduit l'autorité seulement relative accordée, à l'époque, aux déclarations d'illégalité prononcées par le juge administratif et la faculté ainsi laissée au juge civil de n'en pas tenir compte.

En second lieu, le juge judiciaire peut avoir statué le premier par voie d'exception sur la légalité d'un acte soumis ensuite au Conseil d'État. L'autorité relative autorise un rejet de l'exception par la Cour de cassation suivie d'une annulation par le juge administratif²⁷⁷ ou, inversement, une déclaration d'illégalité de la première contredite par un rejet du second²⁷⁸.

²⁷⁶ V. chronologiquement, CE 12 décembre 1969, Héli de Talleyrand-Périgord, p. 574 ; *AJDA* 1970, p. 34, concl. Kahn ; Civ. 1^{ère} 15 janvier 1975, *D* 1975, J, p. 671, note R. Drago ; CE 5 octobre 1977, Secrétaire d'État à la culture, *AJDA* 1978, p. 106.

²⁷⁷ V. Crim. 21 août 1874, *S* 1874, I, p. 483 et CE 26 novembre 1875, Pariset et Laumonier-Carriol, p. 934 ; Cass 21 décembre 1907, *D* 1909, I, p. 162 et CE 5 avril 1908, *D* 1908, 3, p. 8.

²⁷⁸ V. Crim. 26 juillet 1885, *D* 1886, I, p. 275 et CE 7 mai 1886, Beaujour, p. 387 ; Crim. 25 octobre 1900, cité in Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, T. I, p. 322, note 2, et CE 6 juin 1902, Goret, p. 421, concl. Romieu ; Crim. 14 novembre 1963, *D* 1964, J, p. 265, note C. D. et CE 22 novembre 1963, Dalmas de Polignac, *D* 1964, J, p. 161, note Debbasch ; Crim. 4 juin 1964, *D* 1964, J, p. 555, rap. Costa et CE Sect. 14 décembre 1964, *RD* 1965, p. 272, note Waline ; Crim. 7 février 1989, *Bull Crim*, n° 50 et CE 15 février 1989, Bouchareb, cité par Lesclous, *JCP* 1994, I, 3747. V. enfin, TC 17 juin 1991, Madhaoui, *LPA* 8

Enfin, mais cette situation ne se vérifie que rarement, des divergences jurisprudentielles peuvent apparaître au sein d'un même ordre de juridiction. Elle s'est principalement illustrée entre juridictions répressives, comme dans l'affaire du port obligatoire de la ceinture de sécurité²⁷⁹.

Sa cohérence juridique n'est pas douteuse. L'autorité relative joue pour les seules décisions statuant sur des exceptions d'illégalité au sein d'un même ordre et notamment au sein de l'ordre répressif. Il a été démontré, en effet, que l'arrêt Abbé Gautrand ne visait que l'hypothèse des déclarations d'illégalité prononcées par le Conseil d'État.

Hors ce cas, "l'exception d'illégalité ne profite qu'à celui qui l'a invoquée. La question de la légalité n'est pas définitivement tranchée, elle peut toujours être agitée : l'acte demeure et peut donner lieu à de nouvelles contraventions. Si donc, un tribunal est appelé à appliquer un règlement déjà déclaré illégal par un autre tribunal, il ne sera pas lié par sa décision, il pourra se prononcer en sens contraire. Mieux que cela, le même tribunal, dans une autre affaire, pourra adopter une solution opposée à l'égard du même règlement car les juridictions ne sont pas liées par leurs décisions antérieures"²⁸⁰.

janvier 1992, p. 11, note Rouault ; *GP* 1992, 2, J, p. 501, concl. Stirn, arrêt intervenu dans une affaire ayant connu la déclaration d'illégalité d'une expulsion par le juge répressif (Crim. 18 mai 1989, Madhaoui) infirmée par le juge administratif (CE 12 novembre 1990, Madhaoui).

²⁷⁹ V. pour des tribunaux répressifs ayant déclaré la mesure illégale, Trib. Pol. Bressuire 26 février 1976, *GP* 1977, I, p. 12, note Doll ; Trib. Pol. Saint Étienne 27 septembre 1978, *GP* 1979, I, Som, p. 157 ; Trib. Pol. Castelsarrasin 27 février 1979, *GP* 1979, I, Som, p. 158 ; Trib. Pol. Boulay 4 mai 1979, *GP* 1979, 2, p. 514 ; Trib. Pol. Illkirch-Graffenstaden 21 juin 1979, cité in *GP* 1980, I, p. 295, note P.L.G. et, pour des décisions contraires, Trib. Pol. Albertville 2 mai 1978, *D* 1978, p. 429, note Morange ; Nancy 23 mars 1979, *GP* 1979, 2, p. 514.

V. pour une autre affaire Trib. Corr. Seine 31 mars 1950 et 1er avril 1950, *GP* 1950, I, p. 325 et Alger 6 juin 1951, *D* 1951, J, p. 638.

²⁸⁰ Rives, *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris, 1908, p. 121.

Cependant, “devant de telles solutions aucun doute ne se fait jour quant à l’existence d’une apparente contrariété entre la décision judiciaire et la décision administrative”²⁸¹ ou entre décisions judiciaires.

A l’origine, l’existence de telles divergences d’appréciation était considérée comme résultant des impératifs du principe de séparation des juridictions. “L’indépendance réciproque des autorités judiciaire et administrative exige que cette appréciation puisse être faite de part et d’autre avec une entière liberté. L’une des juridictions ne saurait être liée par celle qui a statué la première”²⁸².

Ainsi présenté, l’état du droit semble juridiquement irréprochable puisque chaque juridiction agit “dans les limites de sa compétence et avec l’indépendance à laquelle elle a droit”²⁸³ mais il n’est pas, pour autant, satisfaisant. Laferrière souhaitait lui-même que “cette indépendance puisse se manifester autrement que par des contrastes aussi accentués entre les décisions de deux juridictions souveraines”²⁸⁴.

Cette interprétation doctrinale est dépassée. Le principe de séparation n’explique pas les divergences d’appréciation de la légalité d’un même acte administratif. L’existence de contrariétés internes à un même ordre en apporte une preuve irréfutable.

Seule est en cause l’autorité relative attribuée aux déclarations d’illégalité. Le juge saisi en second de l’exception d’illégalité “est d’autant plus libre de se prononcer que le premier jugement intervenu quant à la légalité de l’acte n’a pas d’effet positif de chose jugée, qu’il n’est pas interdit, par conséquent, de le contredire”²⁸⁵.

²⁸¹ C. Durand, op.cit, p. 64.

²⁸² E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1888, T. I, p. 504.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid, p. 506, note 3.

²⁸⁵ C. Durand, op. cit., p. 70.

Que l'on recoure au principe de séparation ou, plus exactement, à l'autorité relative de la déclaration d'illégalité, ne modifie pas le fond du problème. Les divergences de jurisprudence sur des exceptions d'illégalité sont graves.

La contradiction des droits tue le droit. "Le Conseil d'État se prononçant pour la légalité d'un décret, et la Cour de cassation pour son illégalité, il est impossible d'affirmer, autrement que comme l'expression d'une opinion personnelle soit que le décret est illégal, soit qu'il est légal. En réalité, personne n'en sait rien : le droit ayant reçu de deux jurisprudences, dont aucune n'est en soi préférable à l'autre, deux interprétations contradictoires, s'annulant en quelque sorte, le droit n'a pas été dit. C'est le cas, très exactement de dire *grammatici (ou juristae) certant, et adhuc sur judice lis est*, avec ce fâcheux correctif, que l'on ne voit pas lequel est le *judex* qui tranchera définitivement le litige"²⁸⁶.

"Jugée deux fois, en sens contraires, par des juridictions dont, *a priori*, aucune n'a le pas sur l'autre, la question, de ce fait, n'est en réalité pas jugée, si ce n'est avec l'autorité relative"²⁸⁷.

Chaque déclaration d'illégalité ou chaque rejet de l'exception d'illégalité n'a donc qu'une portée infime, voire négative, lorsqu'à deux occasions, un même acte a été apprécié différemment. Le plaideur est perdu, le juge sans repères. La bonne administration de la justice est alors un vain mot.

"Est-ce une solution (ou une absence de solution) à laquelle il faille se résigner ? Certes non, car c'est la plus mauvaise de toutes. Il faut donc rechercher s'il n'y aurait pas un moyen de sortir de l'impasse"²⁸⁸.

Tel est l'inconvénient majeur de l'autorité relative : elle n'apporte rien. Soit les futures exceptions d'illégalité sont inutiles soit elles mènent à des contradictions. L'autorité relative transforme un incident procédural en un accident de procédure.

²⁸⁶ M. Waline, note sous CE Plén. 7 mai 1971, *Ministre de l'économie et des finances et Ville de Bordeaux c/ Sastre*, RDP 1972, p. 443.

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Ibid.

Ses effets sont néfastes, son coût exorbitant tant il fait perdre de temps et d'argent aux juges comme aux plaideurs.

Sortir de l'impasse est donc une nécessité. L'attention est alors naturellement dirigée vers l'avènement du principe contraire, celui de l'autorité absolue de la chose jugée par voie d'exception. Est-ce pourtant la panacée ?

Le doute existe d'ores et déjà. Si une autorité absolue s'attache à la première déclaration d'illégalité de l'acte administratif, le risque est grand, cependant, que cette condamnation définitive soit erronée. Rien ne permet de garantir l'exactitude de l'appréciation comme le démontrent, précisément, les divergences jurisprudentielles provoquées par le principe de l'autorité relative.

Le problème est là : l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité est un principe irréalisable.

§ 2 - L'IRRÉALISABLE AUTORITÉ ABSOLUE.

Point ne suffit de proclamer que la légalité est unique et que, par conséquent, la première déclaration d'illégalité d'un acte doit s'attacher à lui définitivement sans contestation possible. Malgré l'apparente cohérence de l'affirmation, les choses ne sont pas si simples. Comme l'autorité relative n'est guère satisfaisante en pratique car génératrice de complications inutiles ou de contradictions néfastes à la bonne administration de la justice, l'autorité absolue n'est pas exempte d'inconvénients. Ses zéloteurs le savent eux-mêmes puisqu'ils s'empressent d'en limiter la portée. Ce faisant, ils contredisent pourtant le principe de l'unité du droit dont ils se veulent les garants.

Tel est le destin du principe de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité d'un acte administratif. Dangereux ou bafoué, il est, en l'état actuel du système juridique français, irréalisable.

A - Une logique dangereuse.

Cela a été montré antérieurement, le principe de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité trouve son origine dans le souci de consacrer, dans les faits, le principe de l'unité du droit. L'appréciation de l'illégalité d'un acte par un juge ne saurait être démentie par un autre. Dès lors, accorder autorité absolue à la première déclaration d'illégalité n'est pas contraindre les autres juridictions saisies de la même exception d'illégalité. Cela les dispense d'une tâche dont le résultat est déjà connu. Il est alors dans la logique du principe de l'autorité absolue de s'attacher à la première déclaration d'illégalité de l'acte en cause.

Ainsi présenté, le problème s'éclaire d'un jour nouveau. Des incertitudes naissent. Tout d'abord, malgré la qualité et la richesse de la presse juridique française, un problème d'information existe : comment savoir si précédemment un acte administratif n'a pas été déclaré illégal par un jugement non publié ? Si la difficulté n'est pas insurmontable concernant les actes réglementaires, il en va différemment des actes particuliers et surtout des actes individuels.

Cette première remarque amène à en formuler une seconde, de plus large portée. Les problèmes de publicité apparaissent avec la consécration de l'autorité absolue, parce qu'elle permet à tout juge de condamner à la caducité n'importe quel acte administratif illégal. Le danger a d'ores et déjà été perçu par les tenants actuels de l'autorité absolue.

1 - Un bouleversement des compétences.

L'écueil majeur sur lequel échoue le principe de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité réside dans le bouleversement des compétences juridictionnelles qui en résulterait. N'importe quel juge, quel que soit son ordre de juridiction, quelle que soit sa place au sein de celui-ci, se verrait attribuer le droit de mettre fin à

l'application de tout acte administratif, quel que soit son auteur, quelle que soit sa forme...

Le constat provoque des craintes. Elles grandissent au gré des illustrations.

La déclaration d'illégalité prononcée par un juge de n'importe quel ordre vaudrait droit pour l'autre. Ainsi l'appréciation d'un juge répressif, commercial ou prud'homal serait vérité pour tout autre, fût-ce un juge administratif de droit commun ou spécialisé...

Cette déclaration d'illégalité pourrait, en outre, ne pas émaner de la seule Cour de cassation. Que penser alors de l'illégalité, constatée *erga omnes*, par une Cour d'appel, voire par un tribunal de grande instance, un tribunal d'instance, un tribunal paritaire des baux ruraux ou un tribunal de police ? "Il suffirait que le juge de simple police ait déclaré l'acte légal, en punissant le contrevenant, pour que le Conseil d'État, qui statue avec beaucoup plus de retard, n'ait plus aucune liberté dans l'appréciation de la légalité de l'acte. Qui ne voit qu'il y aurait là quelque chose d'anormal ?"²⁸⁹.

Est-ce faire preuve de sectarisme ou d'une grande étroitesse de vue que de noter le peu de préparation de ces juridictions à une tâche dont les juges administratifs eux-mêmes ne s'acquittent pas toujours aisément ?

Au surplus, et cela pourrait rasséréner les plus susceptibles des civilistes, le danger serait identique devant certaines juridictions administratives spécialisées comme, par exemple, les juridictions disciplinaires des ordres professionnels et des fédérations sportives ou les commissions départementales des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés. Certes habituées aux subtilités du droit et du contentieux administratifs, ces juridictions n'offrent cependant pas, soit par la spécificité de leur mission traditionnelle, soit par la faible formation juridique de

²⁸⁹ P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952, p. 82.

leurs membres, une garantie de fiabilité dans l'appréciation de la légalité des actes administratifs intervenant dans les affaires qui leurs sont soumises.

Car là est, en effet, la deuxième atteinte aux règles de compétence juridictionnelles : toute juridiction pourrait, grâce au principe de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité, prononcer une disparition de fait de n'importe quel acte administratif. Si l'éventualité ne choque guère à l'égard d'actes mineurs, comme peuvent l'être certains actes individuels ou même réglementaires lorsqu'ils sont pris dans le cadre des pouvoirs d'un chef de service, la faculté ainsi ouverte serait dangereuse à l'égard d'actes à portée plus générale comme le sont les règlements pris par les préfets, les ministres ou les actes particuliers dont l'importance réelle n'est pas reflétée par leur insertion dans la catégorie des actes non réglementaires.

Plus grave encore serait la déclaration d'illégalité d'actes à portée nationale tels les décrets en Conseil des ministres ou en Conseil d'État, les ordonnances non encore ratifiées ou les mesures de nature réglementaire ou individuelle prises par le Président de la République en vertu de l'article 16 de la Constitution.

La preuve en est faite : accorder une autorité absolue à la première déclaration d'illégalité d'un acte, parce qu'elle pourrait s'attacher à l'appréciation portée par un tribunal peu compétent sur un acte administratif de valeur nationale, serait un ferment de dangereux bouleversements des compétences.

Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire s'en trouverait indirectement bafoué. Bien que la déclaration d'illégalité ne vaille pas annulation de l'acte qui en est l'objet, lui donner autorité absolue - c'est-à-dire la rendre obligatoire pour toute espèce future - autorise un tribunal judiciaire à écarter définitivement de l'ordonnancement juridique un acte administratif. La loi des 16-24 août 1790 ne serait alors plus qu'un tigre de papier, réservant seulement le pouvoir d'annulation aux juridictions administratives, mais souffrant, par ailleurs, qu'il

puisse en être autrement dans le respect des conditions posées par le Conseil constitutionnel²⁹⁰.

Bien que moins grave, un bouleversement des compétences internes à l'ordre administratif résulterait également de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité. Les tribunaux administratifs pourraient prononcer définitivement l'illégalité d'actes dont la connaissance est réservée en premier et dernier ressort au Conseil d'État. Le bouleversement serait plus néfaste à l'égard des juridictions administratives spécialisées. Ce n'est pas la possibilité de recours contre les jugements en cause qui exclurait toute erreur : fort heureusement, tout jugement n'est pas frappé d'appel ou de cassation !

Le tableau des conséquences d'une pure consécration du principe de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité est édifiant. Appliqué sans nuances, le principe de l'unité du droit ruinerait les règles classiques de répartition des compétences.

Si tous ses défenseurs n'en ont pas pris conscience, le juge et le pouvoir réglementaire, dans la mesure où ils l'ont consacré, ont traduit juridiquement leurs craintes devant de telles dérives.

2 - Un danger pris en compte.

Le juge judiciaire et l'autorité réglementaire ont certes ménagé une place au principe. Mais il s'agit d'une avancée de l'autorité absolue et non d'un abandon du principe de l'autorité relative. Cette solution moyenne trahit les réserves suscitées par une application pure et simple de l'autorité absolue.

²⁹⁰ V. CC 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, p. 8 ; *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *D* 1988, p. 117, note Luchaire, *GP* 18 mars 1987, p. 5, note Lepage-Jessua ; *JCP* 1987, I, 3200, chr. Drago et II, 20854, note Sestier ; *LPA* 13 février 1987, p. 21, note Sélinisky ; *RA* 1988, p. 29, note Sorel ; *RDP* 1987, p. 1341, note Gaudemet ; *RFDA* 1987, p. 287, note Genevois.

Les esprits ne sont pas encore prêts, en France, à l'abandon du principe de séparation. Dès lors, les progrès de l'autorité absolue doivent se concilier avec son respect.

Tel est bien le sens de la jurisprudence judiciaire. La Chambre criminelle, par son arrêt Abbé Gautrand s'est inclinée devant une décision rendue sur renvoi préjudiciel par le Conseil d'État, sans préciser si la même solution valait, à ses yeux, à l'égard de tout jugement administratif. Une réponse positive n'est, toutefois, pas douteuse.

La position des Chambres civiles de la Cour de cassation est, quant à elle, dépourvue d'ambiguïté : l'autorité absolue ne s'attache qu'aux déclarations d'illégalité émanant d'un juge administratif mais à toutes celles-ci.

Les risques de bouleversement des compétences juridictionnelles sont ainsi atténués puisque si le constat de l'illégalité d'un acte administratif résulte d'un jugement judiciaire, il n'a qu'une autorité relative. L'éventuelle erreur est alors sans conséquence grave puisque dans une autre espèce, elle pourra être corrigée.

Atténués par le choix d'une voie moyenne, les risques évoqués plus haut persistent néanmoins. En effet, aux yeux du juge civil, l'autorité absolue s'attache à la déclaration d'illégalité de n'importe quel acte administratif pourvu qu'elle provienne d'un juge administratif. Dès lors, une appréciation erronée de la légalité d'un acte par une juridiction spécialisée équivaut à sa condamnation définitive, sans respect pour les compétences internes à l'ordre administratif.

Satisfaisante au regard du principe de séparation, la limitation par les juridictions judiciaires de l'autorité absolue des déclarations d'illégalité aux seules prononcées par un juge de l'ordre opposé, n'évite pas la violation des principes du contentieux administratif.

Le pouvoir réglementaire, quant à lui, s'est efforcé d'échapper à la critique. Le décret du 28 novembre 1983, dans son article 2, consacre implicitement l'autorité absolue de certaines déclarations d'illégalité²⁹¹. Les conditions de mise en oeuvre en sont particulièrement strictes. Seules intéressent ici les exigences relatives à l'origine juridictionnelle de la déclaration d'illégalité.

A cet égard, le décret témoigne d'une grande prudence quant à la fiabilité des appréciations de légalité formulées par les juridictions autres que le Conseil d'État et les tribunaux administratifs. L'autorité absolue est, en effet, réservée aux décisions de ces derniers. Sont donc exclues du mécanisme de l'article 2 toutes les juridictions judiciaires, ainsi que les cours administratives d'appel, inexistantes à l'époque, les conseils du contentieux administratifs et l'ensemble des juridictions administratives spécialisées. La consécration de l'autorité absolue est donc d'une bien faible portée quant aux décisions en bénéficiant.

Le principe de séparation est respecté, les règles de répartition des compétences au sein de l'ordre administratif apparemment sauvegardées. En réalité, loin s'en faut.

Le choix de limiter l'autorité absolue aux déclarations d'illégalité provenant des seules juridictions de droit commun évite seulement un empiétement sur leur compétence de la part des juridictions spécialisées. Il n'interdit aucune immixtion d'un tribunal administratif dans la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État et inversement. Or, ce dernier ayant seul connaissance des recours contre les actes administratifs les plus importants, l'octroi d'une autorité absolue aux déclarations d'illégalité des juridictions du premier degré vide de son sens cette dérogation à leur compétence de droit commun. La confiance méritée en la qualité du travail des tribunaux administratifs, ne justifie pas une atteinte aux règles de compétence.

²⁹¹ V. supra, p. 690.

La remarque vaut également quant aux déclarations d'illégalité prononcées par le Conseil d'État envers des actes relevant, sur recours direct, des juges de base.

Que conclure de cette prudence jurisprudentielle et textuelle ? D'une part, que l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité d'un acte est, assurément, un principe dangereux qu'il convient d'encadrer par de solides garde-fous, mais que, d'autre part, il est alors bafoué.

B - L'autorité absolue, insusceptible d'aménagement.

Les excès du principe de l'autorité absolue conduisent à poser des limites à ses conditions de mise en oeuvre. Il importe d'en comprendre la conséquence. En procédant ainsi, une contradiction fondamentale apparaît. L'autorité absolue n'est pas susceptible d'aménagement. Elle est pure de tout accommodement ou n'est pas.

Il convient de se souvenir de ce que, selon les tenants de l'autorité absolue, le principe de l'unité du droit commande la consécration de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité. Il est aberrant d'admettre, même en théorie, que la légalité puisse faire l'objet d'appréciations divergentes selon les juridictions. Dès lors, l'octroi d'une autorité absolue à la première déclaration d'illégalité s'impose.

Cependant, conscients des atteintes qui en résulteraient pour le principe de séparation, ils limitent leurs prétentions aux seules déclarations d'illégalité prononcées par les juges administratifs, voire par certains d'entre eux seulement.

Le raisonnement est par là-même contradictoire. Limiter l'autorité absolue aux décisions de certaines juridictions, c'est considérer que les autres peuvent se tromper dans leur appréciation de la légalité. C'est admettre que celle-ci n'est pas une en réalité. C'est nier le principe d'unité du droit.

La conclusion s'impose : on ne peut plaider pour la reconnaissance d'une autorité absolue réservée à certaines déclarations d'illégalité, sans contredire implicitement mais nécessairement le principe dont le respect est désiré.

Il s'agit plutôt d'une simple prise de position extra-juridique cherchant à concilier les avantages et les inconvénients de l'autorité absolue, entendue strictement.

Cependant, cette voie moyenne dénature l'autorité absolue. Dès lors que les déclarations d'illégalité de certaines juridictions n'en bénéficient pas, le système ainsi conçu ne saurait prétendre à la qualité d'autorité absolue. Tout au plus s'agit-il d'une "autorité absolue partielle".

Partielle, parce qu'elle ne profite qu'à certaines déclarations d'illégalité. Absolue, parce que, pour celles-ci, elle vaut *erga omnes*.

La nuance est de taille. S'inspirant du principe d'unité du droit, la construction n'en tire pas toutes les conséquences. Admettre que jusqu'à ce qu'une juridiction déterminée ait confirmée la déclaration d'illégalité, les précédentes n'aient qu'une autorité relative, n'est pas mettre en oeuvre ledit principe.

Cette nuance permet de reformuler les solutions antérieurement présentées comme preuve des progrès de l'autorité absolue. Elles en sont une manifestation édulcorée : l'autorité absolue ne vaut qu'à l'égard de certaines déclarations d'illégalité, les autres restent dotées d'une simple autorité relative.

En l'état actuel du droit, seule une "autorité absolue partielle" a été consacrée. Autant dire qu'il s'agit d'une voie moyenne, aussi éloignée de l'autorité relative dont elle atténue les inconvénients, que de l'autorité absolue, dont elle corrige les excès.

C'est bien ainsi qu'apparaît la jurisprudence judiciaire qui maintient le principe de l'autorité relative à l'égard des déclarations d'illégalité prononcées par les juges de son ordre. Un tel mélange des genres est incompatible avec la conception originelle de l'autorité absolue au service du principe de l'unité du droit.

Certes, une fois déclaré illégal par une juridiction administrative, un acte n'est plus susceptible d'être appliqué par un juge répressif ou civil, mais il ne s'agit là que d'un principe jurisprudentiel dépourvu de tout fondement juridique. Il marque seulement la confiance faite aux juges administratifs pour apprécier la légalité des actes administratifs.

Le principe de l'unité du droit n'est pas en cause puisque les juges judiciaires admettent le risque de divergences entre leurs propres appréciations antérieures à la prise de position du juge administratif. L'autorité relative cède alors la place à une autorité absolue : le mécanisme est évidemment contraire au principe strictement entendu.

La même remarque vaut pour le décret du 28 novembre 1983. D'une portée limitée, puisque ne jouant qu'en matière de retrait d'actes individuels pris en application d'un règlement déclaré illégal, l'article 2, en limitant l'autorité absolue de cette déclaration aux seules décisions du Conseil d'État et des tribunaux administratifs, procède d'une conception erronée du principe de l'unité du droit et de ses exigences.

Les efforts pour opérer un choix entre l'autorité relative et l'autorité absolue achopperont-ils donc ? Une réponse positive est à craindre tant les dangers de l'autorité absolue la rendent en fait irréalisable.

Malgré les critiques ainsi formulées, l'autorité "absolue partielle" qui ressort de la jurisprudence actuelle est intéressante. La voie moyenne de la pseudo-autorité absolue, dégagée de son rattachement erroné au principe d'unité du droit et considérée comme un simple choix de bonne justice, pourrait être l'issue de l'impasse.

§ 3 - L'ADOPTION D'UNE SOLUTION MOYENNE.

L'autorité "absolue partielle" de la déclaration d'illégalité n'est pas seulement contraire au principe qu'elle prétend favoriser, elle n'obéit, dans ses aménagements concrets, qu'à des choix non juridiques. Ce faisant, elle est critiquable.

Pour déterminer, en effet, à quel(s) juge(s) accorder le privilège de prononcer des déclarations d'illégalité pourvues d'une autorité absolue, une série de choix s'impose. Visant à remédier aux excès de la pure autorité absolue, ils consistent à examiner les compétences respectives de chaque catégorie de juridiction en matière d'appréciation incidente de la légalité des actes administratifs.

L'arbitraire règne d'autant plus que pour assurer une plus grande fiabilité du dispositif, seules quelques juridictions doivent être retenues. Cependant, reconnu comme tel, cet arbitraire ménage une issue à l'impasse constatée.

A - L'octroi de l'autorité absolue aux déclarations d'illégalité émanant des seules juridictions administratives.

Le premier critère de choix est naturellement l'ordre juridictionnel du juge. Pourtant, "Cour de cassation et Conseil d'État exercent en cette matière des compétences concurrentes, et il n'y a aucune raison, *a priori*, de préférer l'une de leur jurisprudence à l'autre. Et c'est bien là d'ailleurs qu'est le drame"²⁹².

L'approche théorique, qui ménage la susceptibilité de chacun, ne correspond pas à l'opinion commune. Il est effectivement classique d'exclure d'emblée les juridictions judiciaires du champ de l'autorité absolue. Ce premier tri est dicté par "l'idée suivant laquelle le juge administratif est le juge naturel de la légalité administrative"²⁹³.

²⁹² M. Waline, note sous CE Plén. 7 mai 1971, *Ministre de l'économie et des finances et Ville de Bordeaux c/ Sastre*, RDP 1972, p. 443.

²⁹³ G. Delvolvé, *Chose jugée*, RDCA, n° 183.

“Il y a (...) une notion fort simple qui permet de résoudre tout le problème : c’est celle du “juge naturel”. Chaque question de droit a, en France, un juge naturel : celui de la légalité des actes administratifs est le Conseil d’État, par conséquent lorsque, exceptionnellement, le juge judiciaire peut apprécier lui aussi la légalité d’un acte administratif (...) c’est lui qui devra faire sienne la solution donnée par le Conseil d’État, sans que l’inverse soit vrai. (...) Le juge judiciaire ne peut jamais contredire la réponse donnée par le Conseil d’État à la question de la légalité d’un acte administratif, car c’est le Conseil d’État qui est le juge naturel de cette question ; par contre, la réponse donnée à la question de légalité par le juge judiciaire ne saurait jamais lier son juge naturel, le Conseil d’État”²⁹⁴.

Si la logique semble imposer cette solution à l’égard des juridictions civiles peu habituées à statuer elles-mêmes sur la légalité des actes de l’administration, l’exclusion des juridictions répressives est plus discutable dans la mesure où leur compétence en la matière est ancienne et reconnue. Les légères différences existant dans l’exercice de celle-ci avec la jurisprudence administrative sont indéniables mais traduisent une traditionnelle prudence des juridictions pénales dans le maniement de la déclaration d’illégalité. Cette attitude devrait donc accroître la fiabilité de celles qu’elles prononcent.

Toutefois, leur exclusion est compréhensible : il est difficilement imaginable que le juge administratif accepte de s’incliner devant une déclaration d’illégalité émanant d’un juge répressif, quand il refuse de le faire devant celle qu’il a lui même prononcée. En outre, telle est la solution retenue par les juridictions judiciaires elles-mêmes, tant pénales que civiles, qui dotent les seules déclarations d’illégalité faites par un juge administratif d’une autorité absolue.

²⁹⁴ P. Weil, *Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952, p 82.

L'autorité "absolue partielle" de la déclaration d'illégalité ne bénéficierait donc qu'aux juridictions administratives.

Le problème rebondit alors : quels juges administratifs retenir ? Tous ou seulement les juges de droit commun, voire uniquement le Conseil d'État, en sa qualité de juge suprême au sein de l'ordre ?

Il a été constaté que le décret du 28 novembre 1983, en désignant, à l'époque, ce dernier ainsi que les tribunaux administratifs a favorisé les juridictions de droit commun, marquant de la sorte sa réserve à l'égard des juridictions spécialisées. La solution a néanmoins été critiquée car "on ne saisit pas la raison qui a fait exclure les juridictions administratives spéciales qui, tels les conseils du contentieux, exercent le même pouvoir d'annulation des actes administratifs que les tribunaux administratifs"²⁹⁵.

Les jurisprudences judiciaires n'apportent guère de réponse. L'arrêt Abbé Gautrand est trop ancien et lié à des circonstances matérielles trop spécifiques pour accréditer l'idée que seule la déclaration d'illégalité émanant du Conseil d'État, comme en l'espèce, est dotée d'une autorité absolue. Quant à la jurisprudence civile, elle s'est abstenue de trancher, pour ne pas porter de jugement malvenu sur les qualités respectives des juridictions administratives : elle se borne à exiger que la déclaration provienne d'un juge de cet ordre.

Le débat reste ouvert. Une nouvelle pierre semble pouvoir lui être apportée. Il est, en effet, une dernière voie, une fois admise l'idée d'un cantonnement de l'autorité absolue aux seules déclarations d'illégalité prononcées par les juges administratifs. Elle consisterait à n'accorder l'autorité absolue qu'aux déclarations d'illégalité prononcées par le juge administratif compétent pour statuer sur les recours directs dirigés contre l'acte litigieux.

²⁹⁵ J. Barthélémy, *Exception d'illégalité*, JCA, Fasc 1160, n° 162.

B - L'octroi de l'autorité absolue aux déclarations d'illégalité prononcées par le juge administratif compétent pour annuler l'acte.

Cette proposition aurait l'élégance de respecter tant les règles de répartition des compétences au sein de l'ordre administratif que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Elle serait, en outre, d'un usage simple, même pour les juridictions civiles, dans la mesure où les règles de répartition des compétences entre juges administratifs, bien que subtiles, ne sont pas exagérément complexes.

Elle aurait également l'avantage d'être aisément réalisable. Certes, les juridictions pénales devraient statuer elles-mêmes jusqu'à ce que le juge administratif compétent rende une déclaration d'illégalité. Mais le mécanisme serait simple pour les juridictions civiles qui doivent renvoyer les parties devant le juge administratif qui aurait eu compétence par voie d'action. Reconnaisant d'ores et déjà une autorité absolue aux déclarations d'illégalité des juges administratifs, les juridictions judiciaires pourraient adopter sans difficulté cette solution.

Les juridictions administratives pourraient le faire également. Elle éviterait que la déclaration d'illégalité ne provoque un bouleversement des compétences et remédierait à l'absurdité des jugements répétitifs, motivés actuellement par l'autorité relative.

Elle permettrait, enfin, de qualifier la déclaration d'illégalité de moyen d'ordre public dès lors qu'elle émane du juge administratif compétent. Naturellement, en cas contraire et jusqu'à ce qu'il en soit ainsi, tout juge administratif ou répressif pourrait apprécier lui-même la valeur de l'exception d'illégalité, puisque, devant ces juridictions, prévaut la règle selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception.

Le changement n'interviendrait donc qu'éventuellement, en cas de déclaration d'illégalité prononcée par le bon juge.

Deux nuances sont à formuler.

En premier lieu, bien que satisfaisante, la solution ne serait pas la panacée : rien n'assurerait, en effet, qu'une déclaration d'illégalité puisse bénéficier d'une autorité absolue puisque cela dépendrait de circonstances procédurales. Toutefois, en cas de question préjudicielle renvoyée par le juge non répressif, la déclaration d'illégalité en serait nécessairement dotée puisque le recours en appréciation de validité relève du juge administratif compétent pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir contre l'acte²⁹⁶. Le progrès serait notable.

En second lieu, force est de reconnaître que la consécration, jurisprudentielle ou textuelle, d'une telle construction ne serait qu'un succédané de la pure autorité absolue.

Présentée comme le complément logique du principe d'unité du droit, elle devrait, en principe, s'attacher à la première déclaration d'illégalité quelle que soit son origine. Mais les risques ainsi créés la rendent irréalisable en pratique. La pure autorité absolue est une vue de l'esprit.

La pratique ne peut s'accommoder que d'une portée *erga omnes* accordée à certaines déclarations d'illégalité. Elles jouissent alors, certes, d'une autorité absolue. Mais, parce qu'un choix a été opéré entre les juridictions qui les prononcent, il s'agit d'une autorité absolue partielle au regard du principe d'unité du droit.

En théorie, le droit est un. En pratique, le réalisme impose de constater qu'il peut être plural : la justice n'est pas infaillible.

Ce risque de contradictions justifie les aménagements apportés à l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité comme il condamne également l'autorité relative. L'une et l'autre, aussi rigoureuses que contradictoires, sont matériellement

²⁹⁶ V. supra, Première Partie, Chapitre II, p. 220 et s.

inadaptées. La solution est dans une voie médiane faisant une part à chacune d'elles : la déclaration d'illégalité doit rester cantonnée à l'espèce qui l'a provoquée jusqu'à ce que des garanties de fiabilité existent.

Il en est ainsi, selon le juge judiciaire, lorsque le juge administratif a prononcé l'illégalité de l'acte. Le pouvoir réglementaire limite le cas à la déclaration d'illégalité émanant du Conseil d'État ou d'un tribunal administratif. Ces derniers restent, quant à eux, attachés à l'autorité relative.

Il semble pourtant qu'une conciliation soit possible : la déclaration d'illégalité resterait relative jusqu'à ce qu'elle ait été affirmée par le juge compétent pour statuer par voie d'action sur l'acte en cause. Elle serait alors dotée d'une autorité absolue.

La rigueur juridique serait ainsi apparemment respectée par un arbitrage entre les impératifs respectifs de la procédure de l'exception d'illégalité, du principe de l'unicité du droit et des compétences juridictionnelles.

Il ne faut pourtant pas cacher que ce sont surtout ces avantages matériels qui feraient l'intérêt d'une telle solution. Ils sont tels qu'ils justifient quelques accommodements avec chacun des principes en jeu. La sortie de l'impasse est à ce prix. L'état du droit actuel, moins homogène, n'est d'ailleurs pas plus satisfaisant en théorie. Seule une touche d'imagination et d'audace pourrait permettre, par extraordinaire, de résoudre une impossible équation juridique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En tous ses traits, l'exception d'illégalité se distingue des autres procédés de contestation de la légalité des actes administratifs.

Son originalité se manifeste tout d'abord au regard des règles de compétence qui la gouvernent. Par une dérogation aussi ancienne que dépourvue de fondements satisfaisants au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, cette dernière peut, dans certaines hypothèses, trancher les exceptions d'illégalité apparaissant dans les litiges dont elle est saisie. L'absence de question préjudicielle et de recours en appréciation de validité est même érigée en principe devant le juge répressif en vertu du nouveau code pénal. Pareillement, au sein de l'ordre juridictionnel administratif, les principes classiques de détermination des compétences subissent, en la matière, des bouleversements.

Dans un cas comme dans l'autre, la spécificité du régime de l'exception d'illégalité se traduit par la maxime selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception.

Cela résultait de la définition de la notion formulée au seuil de cette étude, l'exception d'illégalité est un moyen de droit à l'appui d'un recours. Elle tire de cette qualité un second caractère particulier.

L'exception doit être opérante avant d'être recevable. Quand les recours en annulation exigent simplement que la requête soit recevable, le procédé de l'exception implique la vérification préalable de l'utilité du moyen à la solution du litige auquel il greffe un débat incident. Un critère de l'opérance de l'exception d'illégalité semble se dégager de la jurisprudence : il importe que l'acte qui en est l'objet soit uni à celui contre lequel est dirigé le recours principal par un lien de nécessité au sein d'une continuité juridique, c'est-à-dire, concrètement, par un lien d'application ou de consubstantialité.

La singularité de cette exigence se conjugue avec celle de certaines conditions de recevabilité de cet instrument du respect du principe de légalité. Était apparu, dès l'abord, que l'exception d'illégalité est le mécanisme grâce auquel, en droit administratif, déchéance et prescription se différencient.

Il autorise, en effet, la critique d'actes devenus définitifs. Mais, ce faisant, il doit se concilier avec le principe d'intangibilité des actes administratifs. Cela se traduit, logiquement, par des conditions de recevabilité temporelle différentes selon que l'acte qui en est l'objet est, ou non soumis au dit principe.

Précisément, à la distinction actuelle entre les actes réglementaires et les actes non réglementaires, héritage d'une classification désuète des actes administratifs, semble préférable celle fondée sur le caractère créateur de droits des actes excipés d'illégalité. L'état du droit en serait raffermi sur des bases juridiques plus solides et plus simples à mettre en oeuvre.

L'autonomie de l'exception d'illégalité est également apparue quant à son examen au fond, dont l'identité avec celui mené dans tout contentieux objectif pouvait cependant être supposée. Il est un moyen de droit propre à la contestation incidente de légalité. Parce qu'elle retarde la date d'appréciation de la valeur de

l'acte administratif, elle implique nécessairement de prendre en compte l'écoulement du temps.

Enfin, la place à part de l'exception d'illégalité au sein des instruments du respect du principe de légalité ressort d'évidence lorsque sa portée est examinée. Sa qualité de contestation incidente influe tant sur l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique que sur son autorité de chose jugée. L'illégalité déclarée de l'acte n'équivaut pas à son annulation parce qu'il ne disparaît pas et que le constat n'est doté que d'une autorité relative.

Cette dernière spécificité de l'exception d'illégalité, bien qu'anciennement connue, est, paradoxalement, la plus critiquée. Considérant l'insertion du procédé parmi les voies de contrôle de la légalité des actes administratifs, une large part de la doctrine contemporaine se prononce en faveur d'une unification des effets de tout constat d'illégalité. L'autonomie de l'exception d'illégalité serait alors niée, au moins quant à sa portée.

Outre que semblable changement de l'état du droit serait peu souhaitable tant les solutions classiques sont fondées, il provoquerait également un regain de tension autour de la notion d'exception d'illégalité elle-même.

Or c'est pour mettre un terme aux conséquences jugées néfastes de la déclaration d'illégalité des plans d'occupation des sols que le législateur est intervenu en 1994 en limitant les possibilités d'invoquer, par voie d'exception, leur illégalité. Cette première restriction de la notion, suscitée par les maigres effets actuels d'une déclaration d'illégalité, serait, à coup sûr, suivie de nombreuses autres, voire d'une disparition du mécanisme en cause, si le juge suivait les propositions doctrinales et alignait ces effets sur ceux de l'annulation.

L'exception d'illégalité doit la spécificité de son régime juridique à sa nature très originale parmi les moyens de critiquer la légalité des actes administratifs. Nier la première serait méconnaître la seconde.

Sa fonction est indispensable pour assurer le respect du principe de légalité. A l'expiration des délais d'action contre les décisions de la puissance publique qui leur font grief, les particuliers doivent pouvoir obtenir la paralysie de leurs effets.

Il est dans la logique du droit que la prescription du droit d'agir n'implique pas la déchéance du droit de faire constater par un juge l'illégalité des actes administratifs. Telle est la fonction essentielle de l'exception d'illégalité. Utile complément des voies de recours directs, elle permet d'affirmer qu'en droit administratif, comme en procédures civile et pénale, *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

L'exception d'illégalité a sa place au sein des instruments forgés par le juge pour assurer le respect de la légalité. Occulter sa fonction propre ou son régime particulier serait risquer de fragiliser le savant agencement patiemment édifié depuis deux siècles pour assurer la protection des administrés contre l'administration.

Est-il alors possible d'espérer que jamais l'exception d'illégalité ne pourra disparaître de notre système juridique ? Jouit-elle, à l'instar du recours pour excès de pouvoir, d'un statut la protégeant d'éventuelles limitations ?

Née sans texte, elle ne saurait, au mieux, bénéficier que d'une protection jurisprudentielle. Seul le juge pourrait lui donner un statut la mettant à l'abri de toute atteinte.

Point n'est besoin de s'interroger sur l'hypothétique consécration de son existence par le juge de la légalité. En effet, instrument du respect de la légalité par l'administration, complément indispensable des recours en annulation, l'exception d'illégalité ressortit évidemment des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques dont les règles sont fixées par le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution.

Un règlement intervenant pour restreindre ou supprimer le jeu de l'exception d'illégalité n'aurait ainsi pas lieu d'être annulé pour violation d'un hypothétique principe général du droit la préservant. Le seul constat de l'immixtion du pouvoir réglementaire dans une matière législative suffirait à en prononcer l'annulation pour incompétence.

La question de l'existence et du rang du principe reconnaissant aux citoyens le droit de pouvoir contester incidemment la légalité d'un acte administratif ne peut donc se poser que devant le juge constitutionnel. Si, d'ailleurs, ce dernier devait se prononcer en faveur de l'intégration d'un tel principe au bloc de constitutionnalité, les juges ordinaires devraient assurer, eux aussi, son obéissance.

Quelle est la position du Conseil constitutionnel ? Il ne pouvait trancher l'interrogation qu'à la faveur d'un recours exercé contre une loi restreignant la mise en oeuvre de l'exception d'illégalité. De tels textes sont, nous le savons, fort rares. Les chances d'avoir un jour la réponse attendue étaient donc maigres.

Il faut alors saluer justement la loi du 9 février 1994. En raison de l'atteinte limitée qu'elle aménage au procédé, elle en confirme la nécessaire existence. Elle a eu, en outre, une seconde vertu.

Grâce à la saisine du Conseil constitutionnel à son sujet, est désormais reconnue la valeur constitutionnelle du droit de contester par voie d'exception la légalité d'un acte administratif.

Les parlementaires de l'opposition critiquaient l'article 3 de la loi en ce qu'il limite à six mois la faculté pour les particuliers d'invoquer, par voie d'exception, les vices de forme et de procédure des documents d'urbanisme réglementant l'utilisation des sols. Ils lui reprochaient de violer le principe de légalité qui suppose, selon eux, "que l'illégalité d'un règlement puisse être perpétuellement invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre l'un de ses actes d'application,

conformément à une tradition républicaine dont l'écho dans la jurisprudence administrative remonte à 1908²⁹⁷.

Ils en concluaient à l'inconstitutionnalité de la disposition critiquée. Car "s'il est incontestablement loisible au législateur d'aménager l'accès des administrés à la justice et notamment d'instaurer des délais limitant le droit au recours ou celui de contester par voie d'exception la légalité d'une décision administrative, ces aménagements ne peuvent être prévus constitutionnellement que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et ne sauraient avoir pour objet ni pour effet de faire obstacle au principe de légalité ni de porter atteinte à l'État de droit"²⁹⁸.

La question ainsi formulée, le juge constitutionnel ne pouvait esquiver le débat. Sa réponse, malgré une manifeste volonté de ne pas formuler de principe général, ne peut que s'interpréter en faveur de l'insertion du mécanisme de l'exception d'illégalité au sein des normes de valeur constitutionnelle.

La décision prend soin de noter le caractère mineur de l'atteinte portée au procédé : la restriction "est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme"²⁹⁹, ne concerne pas les vices de forme ou de procédure jugés substantiels et ne joue qu'à l'expiration du délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause. Le Conseil constate également la légitimité de la motivation officielle qui est de remédier au "risque d'instabilité juridique (...) particulièrement marqué en matière d'urbanisme"³⁰⁰ et note, enfin, que les justiciables conservent le droit de demander l'abrogation des règlements d'urbanisme et de contester l'éventuel refus qui leur serait opposé. Cette dernière remarque ne peut, toutefois, manquer de surprendre dans la mesure où, du moins

²⁹⁷ Texte de la saisine, *JO* 26 janvier 1994, p. 1403.

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ CC, Dec n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *JO* 26 janvier 1994, p 1382.

³⁰⁰ Ibid.

en ce qui concerne les plans d'occupation des sols, le pouvoir d'abrogation est refusé aux collectivités locales³⁰¹.

Mais, plus que l'argumentation, c'est la solution qui mérite l'attention. Le Conseil en déduit que "dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ; qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen manque en fait". La formule est riche de sens caché.

En considérant, *a contrario*, qu'il résulterait d'une restriction excessive de la faculté de faire valoir par exception l'illégalité d'un acte administratif, une atteinte substantielle au droit de recours des administrés, le juge constitutionnel laisse entendre qu'une censure serait prononcée. C'est implicitement mais nécessairement considérer que l'exception d'illégalité est protégée par un principe constitutionnel.

Quel est-il ? Il ne vaut pas spécifiquement pour l'exception mais couvre, généralement, le droit des intéressés d'exercer des recours. Ce n'est donc pas en tant que telle que l'exception d'illégalité participe du bloc de constitutionnalité. Elle bénéficie indirectement de sa protection dans la mesure où elle s'insère parmi les recours dont l'accès est constitutionnellement garanti aux citoyens. Autonome parmi eux, elle jouit cependant de la même protection.

Sur quel fondement est alors consacré le principe ? L'apport de la décision du 21 janvier 1994 dépasse, à ce sujet, le cadre étroit de l'exception d'illégalité. "Le Conseil constitutionnel (...) a enfin apporté une réponse claire aux spéculations portant sur le fondement du droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français. Ces interrogations étaient inévitables en l'absence de norme constitutionnelle explicite de rattachement (...). Dans la décision du 21 janvier 1994, le Conseil constitutionnel a fait découler pour la première fois directement le "droit des intéressés d'exercer des recours" de l'article 16 de la Déclaration de

³⁰¹ En vertu de l'article L 123-4-1 du code de l'urbanisme.

1789”³⁰². Aux termes de cet article, dont le professeur Chapus souhaitait qu’il serve de base à la reconnaissance la plus large du droit de recourir contre un acte administratif³⁰³, “toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

Il reste, toutefois, que le Conseil n’a pas exclu toute limitation au principe constitutionnel en cause. L’absence de censure de la loi déferée en est la preuve. La considération des inconvénients d’une instabilité juridique en certaines matières peut justifier des dérogations de portée limitée au droit d’exercer des recours.

“Par conséquent, même si cette décision est la première dans laquelle le Conseil a clairement donné un fondement constitutionnel au “droit au juge”, l’effectivité de cette garantie est restée, en l’espèce, assez limitée puisque le Conseil a estimé qu’il n’est compétent pour censurer une violation de ce droit fondamental que si elle est substantielle”³⁰⁴.

Bien qu’autonome dans sa fonction et son régime, l’exception d’illégalité jouit désormais, comme les autres instruments du respect du principe de légalité, d’une protection constitutionnelle contre d’excessives limitations.

³⁰² F. Mélin-Soucrumamien, obs sous CC Dec n° 93-335 DC, *RFDC*, n° 18, p 364.

³⁰³ V. R. Chapus, *Les fondements de l’organisation de l’État définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État*, in *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p 181.

³⁰⁴ F. Mélin-Soucrumamien, obs préc

BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE

Pour des raisons de commodité, il a été jugé opportun, d'une part, de présenter la bibliographie en relation avec les trois axes de la recherche, d'autre part, de rassembler les conclusions et notes de jurisprudence en fonction des décisions sur lesquelles elles portent et non en fonction de leurs auteurs.

I - SUR LE JUGE DE L'EXCEPTION.

A - Ouvrages généraux, thèses, articles.

Aubert C., *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937.

Auby J-M., Drago R., *Le contentieux administratif*, T I et II, LGDJ 1984.

Bacquet A., *Exception d'illégalité*, RDCA.

Barthélémy J., *Exception d'illégalité*, JCA, Fasc. 1160.

Blumann C., *La renonciation en droit administratif français*, Thèse, LGDJ 1974.

Bockel A., *La voie de fait : Mort et résurrection d'une notion discutable*, D 1970, chr., p. 29.

Boissard C., *L'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires*, Thèse Dijon, 1925.

Boitard, *Leçons de procédure civile*, Pichon, 1885.

Boutet D., *Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité*, RDP 1990, p. 1735.

Carré de Malberg R., *L'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Thèse Paris, 1887.

Castagné J., *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, Thèse 1964.

Castagnède B., *La répartition des compétences juridictionnelles en matière fiscale*, Thèse Paris, 1972.

Cathala Th., *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ 1966,.

Chapus R., *De la soumission au droit des règlements autonomes*, *D* 1960, chr., p. 119.

De la valeur juridique des principes généraux du droit..., *D* 1966, chr., p. 99.

Droit administratif général, T. I, 8ème éd., Montchrestien, 1994.

Droit du contentieux administratif, 5ème éd., Montchrestien 1995.

Chevallier F., *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, *AJDA* 1981, p. 331.

Chrétien M., *De l'illégalité du Code général des impôts de 1950 devant les tribunaux judiciaires*, *JCP* 1954, I, 1149.

Chrétien P., *De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe (suite à un constat de décès prématuré ?)*, *AJDA* 1982, p. 20.

Cohen D., *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Économica, 1987.

Conseil d'État, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, Documentation Française, 1992.

C.M., F.D., Y.A., *Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité*, *AJDA* 1991, p. 91.

Debary M., *La voie de fait en droit administratif*, Thèse Paris, 1960.

Debbasch C., *Contentieux administratif*, 6ème éd., Dz 1994.

Dehesdin, *De la règle le juge de l'action est juge de l'exception*, Thèse Paris, 1911.

Delaunay-Marlange C., *Les exceptions préjudicielles au jugement pénal*, Thèse Paris II, 1976.

Desdevises Y., *Moyens de défense, Règles générales*, *JCPPrCiv*, Fasc. 128.

Distel M., *La notion d'opération administrative complexe*, *RA* 1981, p. 370

Donnedieu de Vabres J., *Les éléments administratifs de l'infraction*, *D* 1952, I, p. 137.

Ducrocq, *Cours de Droit administratif*, 7ème éd., T. II, 1897.

Duez P., *La responsabilité de la puissance publique*, 1938.

Eisenmann C., *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE 1957, p.25.

Préface de la thèse de M. Debary, *La voie de fait en droit administratif*, Thèse
Paris, 1960.

Flauss J-F., *Les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités
administrative et judiciaire*, Thèse Strasbourg, 1976.

Questions préjudicielles, RDCA.

*L'autorité de chose décidée des actes administratifs individuels devant le juge
civil*, GP 1987, 2, doct., p. 623.

Fuzier-Herman, *Répertoire du droit français*, T. 24, 1896, V° Incident.

Gabolde Chr., *Recours en appréciation de validité*, RDCA.

Garsonnet E., *Traité théorique et pratique de procédure*, 2ème éd., 1898, T. II.

Goyard C., *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Thèse 1962.

Granjon D., *Les questions préjudicielles*, AJDA 1968, p. 75.

Homont A., *L'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels par les tribunaux
répressifs de l'ordre judiciaire*, JCP 1951, I, 956 ter.

Imbert L., *L'évolution du recours pour excès de pouvoir, 1872-1900*, Dalloz 1952.

Jèze G., *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes
juridiques*, RDP 1913, p. 294.

Kornprobst B., *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ 1959.

Laferrière E., *Traité de la juridiction administrative*, 1ère éd., 1887-1888, T. I et II.

Le Mire P., *Inexistence et voie de fait*, RDP 1978, p. 1219.

Lesclous V., *L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif*, JCP 1994, I, 3747.

Lureau P., *De l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par
les tribunaux judiciaires*, Thèse Paris, 1930.

Magnet J., *La Cour des Comptes et les institutions spécialisées*, Berger Levrault, 3ème éd. 1986.

Mazeaud H., L. et J., Chabas F., *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 8ème éd.,
Montchrestien, 1991.

Merlin, *Questions de droit*, 4ème éd., T XI, V° Préfet.

Mestre A., *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 567.

Ministère de la Justice, *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, du 14 mai 1993, n°93-9 F 1, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, n°spécial septembre 1993.

Morand-Deville J., *Le Conseil constitutionnel et la "petite" loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme*, RA 1994, p. 75.

Motulsky H., *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

Pacteau B., *Contentieux administratif*, 2ème éd., PUF, 1989.

Feu sur la jurisprudence Avranches et Desmarets !, Feue la jurisprudence Avranches et Desmarets ?, Mélanges Auby, p. 249.

Peiser G., *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, Mélanges Auby, p. 277.

Réglade M., *L'exception d'illégalité en France*, RDP 1923, p. 393

Renahy M., *Unité et diversité du contentieux fiscal français*, Thèse 1955.

Rives A., *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris, 1908

Roland H., Boyer L., *Adages du droit français*, LITEC 1992, 3ème éd.

Solus H. et Perrot R., *Droit judiciaire privé*, T. I, Sirey 1961.

Droit judiciaire privé, T. II, Sirey, 1973.

Stéfani G., Levasseur G. et Bouloc B., *Procédure pénale*, 14ème éd., Dalloz, 1990.

Vecchiérini R., *L'exception d'illégalité en France*, Thèse Paris, 1935.

Vedel G., *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein*, JCP 1948, I, 682.

La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, JCP 1950, I, 851.

Préface de la thèse de C. Pelletier, *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif*, LGDJ1954.

Vedel G., Delvolvé P., *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey 1991, n°576.

Droit administratif, T. I et II, 12ème éd., PUF, 1992.

Waline M., *Cours de droit administratif*, 1952.

Les rapports du droit administratif et du droit pénal, Cours de doctorat, 1947.

Traité de droit administratif, 7ème éd., Sirey, 1957.

Waquet P., *Le contrôle du règlement intérieur*, *AJDA* 1991, p. 590.

B - Conclusions, notes de jurisprudence.

- Civ 24 mars 1847, *D* 1847, I, p. 145, concl. Dupin.
- CE 20 mars 1862, Ville de Châlons, p. 235, concl. L'Hôpital.
- Civ 19 juin 1883, *DP* 1884, I, p. 112, concl. Desjardins.
- CE 18 janvier 1884, Belleau, p. 48, concl. Le Vavas seur de Précourt.
- Req. 7 février 1910, *S* 1912, I, p. 505, concl. Feuilleley, note Appert.
- Civ 24 octobre 1917, *S* 1918-1919, I, p. 193, obs. Duguit.
- CE 5 février 1921, Mis, *D* 1923, 3, p. 21, note R. Ruzé. Civ 9 novembre 1921, *DP* 1923, I, p. 149 ; *S* 1922, I, p. 241, note Duguit.
- Civ 14 janvier 1922, *DP* 1923, I, p. 149 ; *S* 1922, I, p. 241, note Duguit.
- TC 16 juin 1923, Septfonds, p. 498 ; *D* 1924, 3, p. 41, concl. Matter ; *S* 1923, 3, p. 49, note Hauriou.
- Civ 27 avril 1926, *D* 1927, I, p. 9, note Rolland.
- CE Sect. 29 juillet 1932, Société Graf, p. 822, concl. Latournerie.
- TC 14 janvier 1939, *S* 1939, 3, p. 57, note L'Huillier.
- TC 30 octobre 1947, Barinstein, p. 511 ; *D* 1947, p. 476, note P-L J. ; *JCP* 1947, II, 3966, note Fréjaville ; *RDP* 1948, p. 86, note Waline ; *S* 1948, 3, p. 1, note Mathiot ; *S* 1948, 3, p. 1, note Mestre.
- TC 10 février 1949, Roubaud, p. 591.
- CE Ass. . 18 novembre 1949, Carlier, p. 490, *S* 1950, 3, p. 49, note Drago ; *RDP* 1950, p. 172, concl. Gazier, note Waline.
- Com 26 février 1950, *JCP* 1951, II, 6284, obs. L. H.

- CE Sect. 16 juin 1950, Établissements Batle, p. 370 concl. Gazier.
- TC 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, *S* 1952, III, p. 1, note J-M. Auby ; *RA* 1951, p. 498, note Liet-Vaux ; *D* 1952, J, p. 71, note Ch. Blaevoet ; *JCP* 1951, II, 6623, note Homont.
- Trib. Civ. Dunkerque, 25 février 1953, *RSLF* 1953, p. 801, chr. M. Chrétien.
- Civ 1ère 16 avril 1953, *JCP* 1953, II, 7617, obs. Mihura.
- TC 23 novembre 1953, SARL Mayol, Arbonna et compagnie, p. 872 ; *D* 1960, p. 223, note Savatier, *JCP* 1960, II, 11430, note Aymond.
- Civ 1ère 8 juillet 1954, *JCP* 1955, II, 8674, obs. Vedel.
- CE 4 février 1955, Lods, *D* 1955, p. 616, note J-M. Auby.
- CE 6 mai 1955, Société anonyme des grands travaux de Marseille, *D* 1955, J, p. 579, note J-M. Auby.
- CE Sect. 20 avril 1956, Société des quatre frères, *AJDA* 1956, p. 190, concl. Long.
- CE Plen. 16 novembre 1956, Société BAB et BLB, p. 436 ; *RPDA* 1957, p. 19, concl. Laurent.
- CE Plen. 31 mai 1957, Rosan Girard, p. 355, concl. Gazier ; *D* 1958, J, p. 152, note Weil ; *AJDA* 1957, p. 275, chr. Fournier et Braibant.
- TC 6 juillet 1957, Préfet de la Seine c/ Saïac, *S* 1958, J, p. 106, note Plantey ; *D* 1958, J, p. 310, note Quermonne.
- CE 2 novembre 1957, Ministre des anciens combattants c/ Forest, *RDP* 1958, p. 523 concl. Mosset.
- CE 20 juin 1958, Guimezanes, p. 372 ; *RDP* 1959, p. 108, note Waline.
- CE Sect. 14 novembre 1958, Bouchereau, p. 559, concl. Gazier.
- CE Sect. 4 mars 1960, Fédération nationale des industries chimiques, p. 169, *D Soc.* 1960, p. 342, concl. Nicolaÿ.
- CE 8 avril 1961, *D* 1961, p. 611, note Weil.
- CE 14 juin 1961, Ministre de l'Éducation nationale c/ demoiselle Clouet, p. 984 ; *AJDA* 1961, p. 713, concl. M. Bernard.
- Soc 16 novembre 1961, *D* 1962, J, p. 161, note R. L.

- Crim 21 décembre 1961, Dame Le Roux, *D* 1962, 102, rap. J-L Costa ; *JCP* 1962, II, 12680, note Lamarque.
- Crim 29 mars 1962, *JCP* 1962, II, 12728 bis, obs. Lamarque.
- TC 2 juillet 1962, Préfet de la Loire-atlantique, p. 827, *RA* 1962, p. 389, note Liet-Vaux.
- CJCE 5 février 1963, Van Gend en Loos, *D* 1963, p. 621, note J. Bréban.
- Crim 14 novembre 1963, *D* 1964, J, 265, obs. Debbasch.
- TC 25 novembre 1963, Préfet des Ardennes, p. 972 ; *AJDA* 1964, p. 170, obs. Moreau.
- Crim 29 avril 1964, *JCP* 1964, II, 13912, obs. Meurisse.
- CE 9 juillet 1965, Voskresensky, *AJDA* 1965, p. 603, concl. Fournier.
- CE Sect. 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, p. 623 ; *AJDA* 1966, p. 40, chr. Puissochet et Lecat ; *JCP* 1966, II, 14697, concl. Rigaud.
- CE 13 juillet 1966, Guigon, p 476 ; *D* 1969, p 669, note Bertrand.
- CE 9 novembre 1966, Tombouros, *D* 1967, p. 696, concl. Braibant.
- CE Sect. 10 février 1967, Société des établissements Petitjean, *RTDE* 1967, p. 681, concl. Questiaux ; *AJDA* 1967, p. 267, chr. Lecat et Massot.
- TA Dijon 3 mai 1967, Falzon, *AJDA* 1967, p. 410, obs. Vaucouloux.
- Crim 1er juin 1967, Canivet, *JCP* 1968, II, 15505, obs. Lamarque.
- Com 12 février 1968, *JCP* 1969, II, 15974, note L. S. C.
- TC 6 novembre 1967, Préfet de Loir-et cher c/ Coutanceau, *JCP* 1968, II, 15448, obs. Souty.
- CE Sect. 14 juin 1968, Union départementale des sociétés mutualistes d'Ille et Vilaine, p. 367 ; *AJDA* 1969, II, p. 56, note Savy.
- CE 3 juillet 1968, Lavigne ; *AJDA* 1969, n° 67, p. 253, concl. Braibant.
- TGI Paris 8 octobre 1968, *AJPI* 1968, II, p. 981, obs. Chapuisat.
- CE Sect. 21 mars 1969, Société Hauser, *AJDA* 1969, p. 498, obs Lamarque.
- CE Sect. 10 octobre 1969, Consorts Muselier, p. 432 ; *JCP* 1969, II, 16098, note P. L. ; *RDP* 1970, p. 29, concl. Braibant, *JCP* 1970, I, 2337, chr. de Lanversin.
- CE 22 octobre 1969, Consorts Tencere, *AJDA* 1970, p. 49, note Homont.
- Soc 5 mai 1970, *D Soc.* 1970, p. 517, note Savatier.

- CE 19 janvier 1973, Fernandez, *Clunet* 1973, p. 737, note Aymond.
- CE 18 janvier 1974, Union des minotiers de Champagne, p. 39 ; *RTDE* 1975, p. 86, concl. Théry.
- Civ 1ère 15 janvier 1975, *D* 1975, J, p. 671, note R. Drago.
- TA Amiens, 25 avril 1975, Rouhette, *AJDA* 1975, p. 460, note J. Chevallier.
- Crim 27 novembre 1975, *D* 1976, J, p. 245, rap. Lecourtier.
- Civ 1ère 20 juillet 1976, *Bull Civ*, I, n°273 ; *JCP* 1977, II, 18581, obs. Bétan-Robert.
- TC 15 décembre 1980, Tauhiro, *D* 1981, IR, p. 109, obs. P. Delvolvé.
- CE Sect. 6 février 1981, Demoiselle Baudet, *AJDA* 1981, p. 489, concl. Dondoux.
- CE 8 mai 1981, Ministre du Travail c/ Hertel, *RDP* 1982, p. 176, note Y. Gaudemet.
- CE Sect. 19 juin 1981, Lesage, *D* 1981, IR, p. 519, obs. Delvolvé.
- Crim 15 juin 1982, *Bull Crim*, n°161 ; *JCP* 1983, II, 20059, obs. Chambon.
- Civ 1ère 25 janvier 1983, *RCDIP* 1983, p. 435, note P. Lagarde.
- TA Strasbourg 29 mars 1983, Inouri, *D* 1984, p. 483, note J-Y. P.
- TC 12 novembre 1984, Préfet de la Haute Corse, *RFDA* 1985, p. 445, concl. Picca.
- Crim 21 mars 1985, *AJDA* 1985, 292, obs Richer.
- Crim 25 avril 1985, *JCP* 1985, II, 20465, concl. Dontenwille, obs. Jeandidier ; *RFDA* 1986, p. 444, note Morange ; *D* 1985, chr., p 169, chr. Favoreu.
- Civ 1ère 19 juin 1985, *D* 1985, J, p. 485, rap. Sargos.
- CE 27 septembre 1985, Société Usinor c/ Inouri, *RDP* 1986, p. 842, note Y. Gaudemet.
- CE Sect. 7 février 1986, Colombet, p. 29 ; *RDP* 1986, p. 1161, concl. Dandelot.
- Civ 1ère 8 octobre 1986, *D* 1986, J, p. 573, rap. Sargos.
- CC 23 janvier 1987, p. 8 ; *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *D* 1988, p.117, note Luchaire ; *GP* 18 mars 1987, note Lepage-Jessua ; *JCP* 1987, I, 3200, chr. Drago, et II, 20854, note Sestier ; *LPA* 13 février 1987, p. 21, note Sélinisky ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *RFDA* 1987, p. 287, note Genevois.
- Crim 21 octobre 1987, *RCDIP* 1988, 291, note P. Lagarde ; *D* 1988, J, 58, note Kehrig ; *AJDA* 1988, 405, obs. Prétot.

- CE Sect. 1er juillet 1988, Billard et Volle, *D Soc.* 1988, p. 775, concl. Van Ruymbeke, p. 512, note Lachaume ; *AJDA* 1988, p. 592, chr. Azibert et de Boisdeffre ; *RA* 1989, p. 136, note Pertek.
- CE 9 décembre 1988, Département du Tarn et Garonne, p. 433 ; *AJDA* 1989, p. 268, obs. Prétot.
- CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, p. 44 ; *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid-Nouraï, notes Beaud et Dubouis.
- Paris, 7 février 1989, *JCP* 1989, II, 21360, obs. Saint-Jours.
- TC 6 octobre 1989, Préfet de la région PACA, p. 295, *AJDA* 1989, p. 768, chr. Honorat et Baptiste.
- CE 24 septembre 1990, Boisdet, p. 251 ; *AJDA* 1990, p. 863, chr. Honorat et Schwartz ; *LPA* 12 octobre 1990, concl. Laroque ; *RFDA* 1991, p. 172, note Dubouis ; *RGDIP* 1991, p. 964, note Rousseau.
- TC 2 décembre 1991, COFACE, *D* 1992, J, p. 237, concl. Abraham.
- CAA Paris 23 février 1993, Compagnie nationale de navigation, *RFDA* 1994, p. 938.
- CE Ass. 21 octobre 1994, Société Tapis Saint Maclou, *AJDA* 1994, p. 874, chr. Touvet et Stahl.
- CE 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, *AJDA* 1994, p. 898, concl. Maugué.
- CAA Paris 13 décembre 1994, Antoine, *AJDA* 1995, p. 63, concl. Mendras.
- Crim 9 janvier 1995, *JCP* 1995, IV, p. 959.

II - SUR L'EXAMEN DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

A - ouvrages généraux, thèses, articles.

Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, 1912.

Aubert C., *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1937.

Auby J-M., *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux*, *RDP* 1959, p. 431.

Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative, *AJDA* 1966, p. 5.

- L'abrogation des actes administratifs*, AJDA 1967, p. 133.
- Auby J-M. et Drago R.**, *Contentieux administratif*, 3ème éd., LGDJ, 1984.
- Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992.
- Auvret P.**, *La notion de droits acquis en droit administratif*, RDP 1985, p. 53.
- Bacquet A.**, *Exception d'illégalité*, RDCA.
- Barthélémy J.**, *Exception d'illégalité*, JCA, Fasc. 1160.
- Batailler F.**, *Les "beati possidentes" du droit administratif*, RDP 1965, p. 1051.
- Bergerès M-C.**, *Les actes non réglementaires*, AJDA 1980, p. 3.
- Boissard C.**, *L'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires*, Thèse Dijon, 1925.
- Bouyssou F.**, *Le contrôle juridictionnel des POS par voie d'exception*, Droit et Ville, 1981, N°11, p. 145.
- Carbajo J.**, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, LGDJ, 1980.
- Cathala Th.**, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, Thèse 1964.
- Chapus R.**, *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995.
- Charles H.**, *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif*, LGDJ, 1968.
- Charlier R-E.**, *Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives*, JCP 1954, I, 1169.
- Chevallier F.**, *La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes*, AJDA 1981, p. 331.
- Chrétien P.**, *De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe*, AJDA 1982, p. 20.
- Colly F.**, *Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction*, RFDA 1987, p. 786.
- Crucis H-M.**, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, 1991.
- Debouy C.**, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 1980, Tome 9.
- Delbez L.**, *La révocation des actes administratifs*, RDP 1928, p. 463.
- Delvolvé P.**, *La notion de directive*, AJDA 1974, p. 459.

Acte administratif, RDCA, .

Distel M., *La notion d'opération administrative complexe*, RA 1981, p. 370.

Dubois P., *L'exception d'illégalité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Cahiers de droit européen 1978, p. 407. *complexes*, AJDA 1981, p. 331.

Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., 1923, T. II.

Eisenmann C., *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, T. I et II.

Flauss J-F., *Questions préjudicielles*, RDCA.

Georgel J., *Question préjudicielle*, JCA, Fasc. 1061.

Gilli J-P., *La cause juridique de la demande en justice*, LGDJ 1962.

Granier J-P., *les incidences du contrôle juridictionnel des plans d'occupation des sols sur la validité des permis de construire*, JCP 1988, I, 3358

Guettier C., *Recours en appréciation de validité*, JCA, Fasc. 1163

Hecquard-Théron M., *Essai sur la notion de règlement*, LGDJ, 1977.

De la mesure d'ordre intérieur, AJDA 1981, p. 235.

Hélin J-C., *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse Nantes 1969.

Hauriou M., *L'institution et le droit statutaire*, Rec. Acad. Légis. de Toulouse, 1906, p. 134.

Hosteing P., *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1939.

Jégouzo Y., *Incidences de la déclaration d'illégalité d'un plan d'occupation des sols sur les autorisations d'urbanisme - Réflexions sur les effets de la jurisprudence Gépro*, CJEG 1991, p. 1.

Jèze G., *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, RDP 1913, p. 294.

Labetoulle D., *Le permis de construire*, PUF, 1982.

Lacroix J., *L'appréciation de la légalité des règlements administratifs par les tribunaux judiciaires*, Thèse Nancy, 1931.

Laubadère A. de, J-C. Vénézia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T. I, 12ème éd., LGDJ, 1992.

Lesclois V., *L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif*, JCP 1994, I, 3747.

Liet-Vaux G., *Des dangers de l'exception d'illégalité ou de l'interdiction de ne rien faire qui ne soit autorisé par la loi*, Mélanges Péquignot, 1984, T. II, p. 435.

Mestre A., *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 567.

Mockle D., *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, LGDJ 1984.

Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, 1902.

Moreau J., *La cause juridique de la demande en justice dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle*, Mélanges Stassinopoulos, Athènes 1974, p. 77.

Moreau J., *A la recherche de l'acte complexe*, *Droits*, 1988, n°7, p. 75.

Muzellec R., *Le principe d'intangibilité des actes administratifs individuels en droit français*, Thèse Rennes I, 1971.

Odent R., *Cours de Contentieux Administratif*, Les cours de droit, 1980.

Pavlopoulos P., *La directive en droit administratif*, Thèse 1978.

Poirot-Mazères I., *Les décisions d'espèce*, *RDP* 1982, p. 443.

Rainaud J-M., *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, 1966.

Réglade M., *L'exception d'illégalité en France*, *RDP* 1923, p. 393.

Sadran P., *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, Thèse Bordeaux, 1972.

Tallineau L., *Les actes particuliers non créateurs de droits*, Thèse Poitiers, 1972.

Vénézia J-C., *Les mesures d'application*, Mélanges R. Chapus, *Droit Administratif*, LGDJ, 1992.

Weil P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone 1952.

B - Conclusions, notes de jurisprudence.

- CE 30 mai 1861, Couppé d'Aboville, p. 452, concl. L'Hôpital.
- CE 8 avril 1881, de Piolenc, p. 404, concl. Gomel.
- CE 15 décembre 1899, Adda, S 1900, 3, p. 73, note Hauriou.
- CE 29 mai 1903, Le Berre, p. 415, concl. Teissier, *RDP* 1904, p. 799, note Jèze.
- CE 9 mars 1906, Domec, p. 109, concl. Romieu ; *RDP* 1906, p. 662, note Jèze.

- CE 31 mars 1911, Blanc, Argain, Bezie, *S* 1912, 3, p. 129, note Hauriou.
- CE 8 mars 1912, Lafage, p. 348, concl. Pichat ; *S* 1913, 3, p. 1, concl., note Hauriou ; *D* 1914, 3, p. 49, concl. ; *RDP* 1912, p. 266, note Jèze.
- Civ 9 novembre 1921, *S* 1922, I, p. 241, note Duguit.
- Civ 14 février 1922, *S* 1922, I, p. 241, note Duguit.
- CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, p. 790 ; *S* 1925, 3, p. 9, note Hauriou ; *RDP* 1922, p. 552, concl. Rivet.
- CE 3 novembre 1922, Demoiselle Lancelot, *D* 1923, 3, p. 49, note L.J.
- CE 19 novembre 1928, Monzat, *D* 1928, 3, p. 33, note Devaux, concl. Cahen Salvador.
- CE 26 janvier 1929, Retailleau, p. 108, *D* 1929, 3, p. 52, note P-L. J.
- CE Sect. 10 janvier 1930, Despujol, p. 30 ; *S* 1930, 3, p. 41, note Alibert ; *D* 1930, 3, 16, note P-L. J.
- CE 7 février 1936, Département de la Creuse, *D* 1937, 3, p. 25, note Blaevoet.
- CE Sect. 12 juin 1936, Kremer, p. 638 ; *DP* 1936, p. 53, concl. Lagrange.
- CE Sect. 6 novembre 1936, Arrighi, p. 966 ; *D* 1938, 3, p. 1, concl. Latournerie, note Eisenmann ; *S* 1937, concl. , note Mestre.
- Trib. Corr. Toulon 18 mars 1948, *JCP* 1948, II, 4299, obs. Vedel.
- CE Plen 17 novembre 1950, EDF, *CJEG* 1951, p. 80, concl. Agid.
- CE 3 décembre 1952, Dubois, p. 555 ; *JCP* 1953, II, 7353, obs. Vedel.
- CE Sect. 20 février 1953, Société Intercopie, p. 88 ; *S* 1953, 3, p. 77, note M.L.
- CE Sect. 3 juillet 1953, Boyer, p. 335, concl. Letourneur.
- CE 6 mai 1955, Lacome, p. 237.
- CE 6 mai 1955, Société anonyme des grands travaux de Marseille, *D* 1955, J, p. 579, note J-M. Auby.
- CE 20 mai 1955, Benkaci Arezki, p. 268 ; *RJPUF* 1955, p. 612, concl. Mosset.
- CE Sect. 12 juillet 1955, Grunberg, p. 407, concl. Guionin.
- CE 3 février 1956, de Fontbonne, *RDP* 1956, p. 859, note Waline.

- CE 23 mars 1956, Dame Veuve Ginestet, *AJDA* 1956, p. 164, concl. Kahn, p. 223, obs. Fournier et Braibant.
- CE Sect. 26 octobre 1956, Demoiselle Cavalier, p. 387 ; *AJDA* 1957, II, p. 29, concl. Long.
- CE 31 mai 1957, Rosan Girard, p. 355, concl. Gazier, *D* 1958, p. 153, note P. W. ; *AJDA* 1957, chr, p. 275.
- TC 6 juillet 1957, Préfet de la Seine c/ Saïac, *D* 1958, J, p. 310, note Quermonne.
- CE 11 octobre 1957, Gonzalès, p. 526 ; *AJDA* 1957, p. 477, chr. Fournier et Braibant.
- CE Sect. 14 février 1958, Société des laboratoires Roger Bellon, *AJDA* 1958, II, p. 171, concl. Long.
- CE 21 mars 1958, Delteil, p. 189, concl. Bernard.
- CE 6 juin 1958, Ayissi, p. 323, concl. Long.
- CE 6 juin 1958, Chambre de commerce d'Orléans, de Bourges, de Saumur et autres, *AJDA* 1958, p. 261, concl. Long.
- CJCE 12 juin 1958, Compagnie des Hauts fourneaux de Chasse, p. 200, concl. Lagrange.
- CE 20 juin 1958, Guimezanes, p. 372 ; *RDP* 1959, p. 108, note Waline.
- CE 19 novembre 1958, Butori, p. 565 ; *AJDA* 1958, p. 450, concl. Bernard.
- CE 7 janvier 1959, Andriamiseza, *RDP* 1955, p. 708, note Waline.
- CE 2 mai 1959, Ministre des finances c/ Lafon, p. 282 ; *AJDA* 1960, I, p. 160, chr. Combarous et Galabert.
- CE 27 mai 1959, Association pour la sauvegarde du parc des sports Rondenay, p. 322 ; *AJDA* 1955, p. 288, concl. Laurent.
- CE 28 octobre 1959, Ministre de l'éducation nationale c/ Parisot, p. 550, concl. Braibant.
- CE 4 décembre 1959, Ministre du travail c/ Geoffroy, p. 654 ; *RDP* 1960, p. 132, note Waline.
- CE Sect. 25 mars 1960, Boileau, p. 234 ; *AJDA* 1960, I, p. 96, chr. Combarous et Galabert.
- CE Sect. 1er avril 1960, Quériaud, p. 245, concl. Henry.
- CE 26 octobre 1960, Béna, *D* 1961, p. 629, note Gilli.
- CE 5 mai 1961, Ville de Lyon, *CJEG* 1961, J, p. 175, concl. Braibant.

- CE Ass. 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, p. 452 ; *AJDA* 1961, p. 646, concl. Kahn ; *D* 1961, p. 663, concl., note Josse.
- CE 13 juillet 1961, Société d'entreprise générale et de travaux publics pour la France, p. 473 ; *AJDA* 1961, II, p. 548, concl. Nicolaÿ.
- CE 15 juillet 1961, Granger, p. 1131 ; *D Ouv* 1961, p. 251, concl. Kahn.
- Crim 21 décembre 1961, *D* 1962, J, p. 102, rap. Costa ; *JCP* 1962, II, 12680, note Lamarque.
- CE 23 mars 1962, Revers, p. 202 ; *D* 1962, p. 400, note Hamon.
- CE Sect. 13 juillet 1962, Arnaud, p. 474 ; *AJDA* 1962, p. 545, chr. Galabert et Gentot.
- CE 23 novembre 1962, Camara, p. 627 ; *AJDA* 1962, p. 666, chr. Gentot et Fourré.
- Cass 12 décembre 1962, *D* 1963, p. 93, note R.L.
- CE 25 janvier 1963, Lemaesquier, p. 48 ; *AJDA* 1963, p. 48, chr. Gentot et Fourré.
- CE Sect. 3 mai 1963, Sieur Alaux, p. 261, concl. Combarous ; *AJDA* 1963, p. 352, chr. Gentot et Fourré.
- CE Ass. 10 janvier 1964, Ministre de l'agriculture c/ Simonnet ; *RDP* 1964, p. 182, concl. Braibant ; *S* 1964, p. 234, note J-M. Auby ; *D* 1964, p. 414, note Touscoz ; *JCP* 1964, II, 13574, obs. Blaevoet ; *AJDA* 1964, p. 150, chr. Fourré et Puybasset ;
- CE Ass. 10 janvier 1964, Syndicat national des cadres des bibliothèques, p. 19 ; *RDP* 1964, p. 459, concl. Questiaux ; *JCP* 1964, II, 13574, obs. Blaevoet ; *S* 1964, p. 234, note J-M. Auby.
- CE 24 janvier 1964, Société Fayeton, p. 39 ; *AJDA* 1964, p. 380, concl. A. Dutheillet de Lamothe.
- CE Sect. 29 avril 1964, Dufourniaud, *JCP* 1964, II, 13723, concl. Galabert.
- Crim 4 juin 1964, *D* 1964, p. 555, concl. Costa.
- CE 3 mars 1965, Coudert c/ État, *AJDA* 1965, p. 487, obs. Moreau.
- CE 7 mai 1965, Ministre de la Santé publique c/ Galavielle, p. 264 ; *AJDA* 1965, p. 334, chr. Puybasset et Puissochet.
- CE Sect. 8 octobre 1965, Marfaing, p. 497, concl. Bertrand ; *AJDA* 1966, p. 156, chr. Puissochet et Lecat.

- CE Sect. 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, *JCP* 1966, II, 14697, concl. Rigaud ; *AJDA* 1966, p. 40, chr. Puissochet et Lecat.
- CE 5 janvier 1966, Demoiselle Gacon, *D* 1966, J, p. 366, note Sandevor ; *AJDA* 1966, p. 39, chr. Puissochet et Lecat.
- CE Ass. 6 mai 1966, Ville de Bagneux, *AJDA* 1966, p. 485, chr. Puissochet et Lecat.
- CE Sect. 1er octobre 1966, Bachimont, p. 510 ; *AJDA* 1966, p. 635, obs. Gautron.
- CE Sect. 9 novembre 1966, Sieur X, *D* 1967, J, p. 696, concl. Braibant.
- CE Sect. 18 novembre 1966, Ministre des travaux publics et des transports c/ Silvani, *AJDA* 1967, p. 222, concl. Galabert.
- CE 10 février 1967, Société anonyme des établissements Petitjean, *RTDE* 1967, p. 681, concl. Questiaux ; *AJDA* 1967, p. 267, chr. Lecat et Massot.
- Crim 1er juin 1967, *Bull Crim*, n° 172 ; *JCP* 1968, II, 15505, obs. Lamarque.
- CE 3 novembre 1967, Marailhac, p. 403 ; *AJDA* 1968, p. 415, note VS.
- CE 8 novembre 1967, Ministre de l'économie et des finances c/ Sieur Marc, p. 401 ; *AJDA* 1968, p. 124, concl. Galmot.
- CE 14 juin 1968, Aulagnier, *AJDA* 1969, p. 58, chr. Savy.
- CE 26 juin 1968, Consorts Ferré, *AJDA* 1969, p. 174, obs. Dupeyroux.
- CE Sect. 8 novembre 1968, Ministre des finances c/ Menez, p. 557 ; *AJDA* 1969, p. 306, obs. V.S.
- CE 28 novembre 1968, Tallagrand, p. 607 ; *D* 1969, p. 386, note Silvera.
- CE 10 janvier 1969, Société d'approvisionnement alimentaire, p. 18 ; *AJDA* 1969, notes R.D. et V.S. ; *AJDA* 1970, p. 345, chr. Denoix de Saint Marc.
- CE 24 janvier 1969, Ministre du travail c/ Syndicat national des cadres des organismes sociaux, p. 39 ; *D* 1969, J, p. 273, concl. Baudouin, p. 440, note Dutheil de la Rochère.
- CE 27 juin 1969, Compagnie maritime des chargeurs réunis, p. 344 ; *JCP* 1970, II, 16493, obs. Verrier.
- CE Ass. 12 décembre 1969, Héli de Talleyrand-Périgord, p. 574 ; *AJDA* 1970, p. 34, concl. Kahn
- CE 10 juin 1970, Mahé, p. 416 ; *RTDSS* 1970, p. 300, concl. Rougevin-Baville.

- CE Sect. 11 décembre 1970, Crédit foncier de France, p. 750, concl. Bertrand ; *RDP* 1971, p. 1224, note Waline ; *D* 1971, J, p. 674, note Loschak ; *JCP* 1972, II, 17232, obs. Fromont ; *AJDA* 1971, p. 196, note H.T.C.
- CE 18 décembre 1970, Sieur Comolet, *AJDA* 1971, p. 305, obs. Landon.
- CE Sect. 5 février 1971, Mégard, p. 113 ; *AJDA* 1971, p. 359 ; CE 11 juin 1971, Assistance publique à Paris c/ Duvoisin, *AJDA* 1972, p. 482, obs. Landon.
- CE 2 juillet 1971, Beigne, p. 1160 ; *AJDA* 1972, p. 177, obs. Landon.
- CE Ass. 12 avril 1972, Benasse, p. 259, concl. Braibant.
- CE 18 janvier 1974, Union des minotiers de la champagne, p. 39 ; *RTDE* 1975, p. 86, concl. Théry.
- CE 30 janvier 1974, Tissier, p. 74 ; *JCP* 1975, II, 18138, obs. Noquet.
- CE Sect. 22 février 1974, Association des propriétaires des communes de Saclas, Saint Cyr et Boissy la Rivière, p. 134, concl. Gentot.
- CE Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274 ; *D* 1975, p. 393, note Tedeschi ; *AJDA* 1974, p. 298, chr. Franc et Boyon ; *RDP* 1974, p. 467, note M. Waline ; *RA* 1974, p. 440, note Moderne.
- CE Ass. 23 juillet 1974, Gaulier, p. 453 ; *AJDA* 1975, p. 306, concl. Morisot.
- CE Sect. 18 octobre 1974, Confédération nationale des auxiliaires médicaux, *D Soc* 1975, p. 325, note Moderne.
- Civ 1ère 15 janvier 1975, *D* 1975, p. 671, note Drago.
- CE Ass. 14 février 1975, Époux Merlin et association de défense des habitants du quartier de Super La Ciotat et de Ceyreste, p. 110 ; *RDP* 1975, p. 1705, note Waline ; *AJDA* 1975, p. 229, chr. Franc et Boyon ; *D* 1976, J, p. 144, note Boivin ; *CJEG* 1975, p. 128, note Virole.
- CE 28 février 1975, Herr et autres, p. 162 ; *RTDE* 1975, p. 747, note Hébert.
- TA Amiens 25 avril 1975, Rouhette, p. 710 ; *AJDA* 1975, p. 460, note J. Chevallier.
- CE 12 mai 1975, Leboucher et Tarandon, p. 246 ; *AJDA* 1977, p. 261, note Ceoara ; *CJEG* 1976, p. 167, note Virole.
- CE 30 avril 1976, Siméon, p. 225 ; *AJDA* 1976, p. 625, concl. Aubin.

- CE 8 octobre 1976, Le Blant, p. 398 ; *AJDA* 1977, p. 101, concl. Labetoulle.
- CE Sect. 26 janvier 1977, Manrot le Goarnic, *AJDA* 1977, p. 513, note Chateaufreynaud.
- CE 10 juin 1977, Consorts Maurel, *CJEG* 1977, p. 140, note Virole.
- CE 1er juillet 1977, Gloekler, *AJDA* 1978, p. 392, note Chateaufreynaud.
- CE 6 juillet 1977, Consorts Girard, *RDP* 1977, p. 1323, note Waline.
- CE 4 novembre 1977, Dame Si Moussa, p. 417, concl. Massot.
- CE 18 novembre 1977, SA entreprise J. Marchand, p. 441, concl. Franc; *AJDA* 1978, p. 654, note Mesnard.
- TA Versailles 8 février 1978, Dechène, *AJPI*, février 1979, p. 16, obs. Ricard.
- CE Sect. 23 mars 1978, Commune de Bouchemaïne, *AJDA* mai 1979, p. 80, chr. Dutheillet de Lamothe et Robineau.
- CE 7 juillet 1978, Jonquères d'Oriola, *RDP* 1979, p. 546, concl. Rougevin-Baville.
- Crim 10 octobre 1978, *Bull Crim*, n° 266 ; *D* 1979, IR, p. 37, obs. Puech.
- CE 5 janvier 1979, Association pour la protection et l'embellissement du site de la Baule-Escoublac, p. 7 ; *AJDA* avril 1979, p. 45, note Charles.
- CE 14 mars 1979, Denu, *Droit et Ville* 1979, n°8, p. 244, note Bouyssou.
- CE 23 mars 1979, Valentini, p. 133 ; *AJDA* nov. 1979, p. 53, note Souloumiac ; *JCP* 1980, II, 19418, obs. Ricard.
- CE 30 mars 1979, Secrétaire d'État aux universités et Universités Bordeaux II, *AJDA* 1979, n°10, p. 18, chr. Robineau et Feffer ; *D* 1981, J, p. 53, note Foucher.
- CE 4 mai 1979, Département de la Savoie, *AJDA* 1979, p. 39, note Bockel.
- CE 25 mai 1979, Bayret, p. 239 ; *JCP* 1980, II, 19277, concl. Genevois.
- CE 22 octobre 1979, Union démocratique du travail, *RDP* 1980, p. 531, concl. Hagelsteen ; *AJDA* 1980, p. 39, note Genevois.
- CE 22 octobre 1979, Peter Davis, p. 390 ; *AJDA* 1980, p. 39, note B. G.
- CE 30 janvier 1980, Ministre de l'équipement et du logement c/ Richaud, *D* 1980, IR, p. 300, obs. P. Delvolvé.
- CE 1er février 1980, Rigal, *AJDA* 1981, p. 43, concl. Bacquet.

- CE Ass. 15 mai 1980, Maurice, *AJDA* 1982, p. 86, concl. Bacquet.
- CE 23 mai 1980, Calvy, p. 235 ; *JCP* 1980, II, 19418, obs. Ricard.
- CE 13 juin 1980, SCI la Sablonnière, p. 276 ; *AJPI* 1980, p. 719, obs. Moderne ; *JCP* 1981, II, 19588, obs. Bouyssou.
- CE Sect. 17 octobre 1980, Bert, p. 370, concl. Labetoulle ; *AJDA* 1980, p. 651, chr. Feffer.
- CE 9 janvier 1981, Ministre de l'environnement c/ Comité interassociation pour la défense de l'environnement de Nancy, p. 866 ; *AJDA* 1981, p. 377, note Hostiou.
- CE Ass. 16 janvier 1981, Société varoise de transports, *AJDA* 1981, p. 599, concl. Bacquet.
- CE Sect. 30 janvier 1981, Ministre du Travail c/ Société Afrique France Europe transaction, p. 32, concl. Hagelsteen ; *D* 1981, IR, p. 277, obs. P. Delvolvé ; *D* 1982, p. 37, note J-M. Auby ; *AJDA* 1981, p. 245, chr. Feffer et Pinault.
- CE 6 février 1981, Baudet, p. 53 ; *AJDA* 1981, p. 489, concl. Dondoux.
- CE 8 mai 1981, Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif Central, p. 866 ; *CJEG* 1981, p. 143, concl. Costa.
- CE Ass. 15 mai 1981, Maurice, *AJDA* 1982, p. 86, concl. Bacquet.
- CE 15 mai 1981, Virey, p. 223 ; *D* 1981, IR, p. 536, obs. Bon.
- TA Dijon 16 juin 1981, Dame Bonnel, *D* 1982, J, p. 81, note Gilli.
- CE 19 juin 1981, Carliez, *AJDA* 1982, p. 103, concl. Genevois ; *D* 1982, IR, p. 56, obs. Bon.
- CE 2 octobre 1981, Batier, *D* 1982, IR, p. 378, obs. Moderne et Bon.
- CE 16 octobre 1981, Commune de Château d'Olonne, p. 378 ; *Droit et Ville* n° 12, p. 279, concl. Genevois ; *AJDA* 1981, p. 591, chr. Tiberghien et Lasserre.
- CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won, p. 33 ; *RDP* 1982, p. 816, note Drago, p. 822, concl. Bacquet ; *AJDA* 1982, p. 440, chr. Tiberghien et Lasserre ; *D* 1983, IR, p. 235, obs. P. D. ; *JCP* 1983, II, 19968, obs. Barthélémy ; *RA* 1983, p. 390, note Pacteau.
- CE 10 février 1982, Angeletti, p. 63 ; *D* 1983, IR, p. 234, obs. P. Delvolvé ; *GP* 1983, I, p. 140, note Moderne.
- CE 21 avril 1982, Société omnium d'entreprise Dusmeny et Chapelle, *AJDA* 1982, p. 665, obs. Bouyssou.

- TA Nice 27 avril 1982, Syndicat intercommunal de la Marana , *JCP* 1983, 19930, concl. Rouvière.
- CE 3 mai 1982, Louchart, *AJDA* 1982, p. 538, concl. Robineau.
- CE 9 juin 1982, Association de sauvegarde des espaces verts des Monts d'Or, *D* 1982, IR, p. 518, obs. Charles.
- CE Sect. 26 juillet 1982, Boissier, p. 302, concl. Dondoux ; *AJDA* 1982, p. 696, chr. Lasserre et Delarue.
- CE Sect. 17 décembre 1982, Société Angelica Optique Centraix, p. 418, concl. Genevois ; *AJDA* 1983, p. 330, note Bouyssou.
- CE 17 juin 1983, Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ SCI Italie-Vandrezanne, p. 267 ; *JCP* 1984, II, 20138, note Morand-Deville.
- CE 29 juin 1983, Société Géa, p. 453 ; *RDP* 1973, p. 547, note Waline ; *AJDA* 1973, p. 589, note Vier ; *D* 1974, J, p. 141, note Durupty.
- CE 1er juillet 1983, Raveau, p. 288, concl. Robineau ; *RA* 1984, p. 46, note Pacteau.
- CE Sect. 28 octobre 1983, Cocard, *AJDA* 1984, p. 173, concl. O. Dutheillet de Lamothe ; *D* 1984, IR, p. 454, obs. Bon.
- CE 10 février 1984, Association les amis de la Terre, p. 55 ; *RJE* 1984, p. 211, note Colson ; *CJEG* 1984, p. 308, concl. Jeanneney.
- CE 20 mars 1985, Commune de Villeneuve le Roi, p. 815 ; *RA* 1986, p. 43, note Pacteau.
- CE 26 avril 1985, Entreprise Maritime Léon Vincent, p. 125 ; *RA* 1986, p. 45, note Pacteau.
- TA Clermont-Ferrand 17 octobre 1985, Arvis, *RFDA* 1986, p. 810, concl. Madec.
- TC 4 novembre 1985, Bouche, *D* 1986, IR, obs. Llorens ; *GP* 1986, I, p. 288, note Pacteau.
- CE 7 février 1986, Colombet, *RDP* 1986, p. 1161, concl. Dandelot ; *CJEG* 1986, p. 434, note Delpirou.
- CE 21 février 1986, Vanderschelden, *D* 1987, SC, p. 404, obs. Bon.
- CE 21 mars 1986, Kalck, *AJDA* 1986, p. 449, concl. Daël. CE 8 janvier 1971, URSSAF des Alpes maritimes, p. 10, concl. Vught ; *AJDA* 1971, p. 161, note Ferrari.
- CE 5 mai 1986, Fontanilles-Laurelli, p. 127 ; *AJDA* 1986, p. 510, concl. D. Latournerie.
- CE 18 juin 1986, Krier, p. 166 ; *D* 1987, J, p. 193, note Pacteau.

- CE 7 novembre 1986, Edwige, *QJ* 30 janvier 1988, p. 3, note Moussa.
- CE 19 novembre 1986, Époux Molard, *JCP* 1987, II, 20778, concl. Lasserre.
- CE 28 janvier 1987, Comité de défense des espaces verts c/ SA Le Lama, *AJDA* 1987, p. 279, concl. Vigouroux ; *CJEG* 1987, p. 688, note Delpirou ; *LPA* 1988, n° 49, p. 15, note Moderne.
- CE 20 mars 1987, SA Soradis, *LPA* 8 février 1988, p. 7, note Moderne.
- CE 29 avril 1987, Ministre de l'intérieur c/ École Notre Dame de Kernitron, *D* 1988, SC, p. 57 ; *RFDA* 1989, p. 989, concl. Roux.
- CE 29 mai 1987, Comité d'Information pour la protection du cadre de vie à Honguemare-Guénouville, *DA* 1987, n° 458 ; *CJEG* 1987, p. 792, note Hétier.
- Crim 21 octobre 1987, *Bull Crim*, n° 362 ; *AJDA* 1988, p. 405, obs. Prétot ; *D* 1988, p. 58, note Kehrig ; *RCDIP* 1988, p. 291, note Lagarde.
- CE Ass. 28 octobre 1987, Association pour la défense des sites et paysages, p. 327 ; *AJDA* 1988, obs. Prétot, *D* 1990, Som, p. 20, obs. Bon.
- CE 4 décembre 1987, SA Europe Maison, *RJE* 1988, p. 177 note Richet et Fabre-Luce.
- CE Ass. 8 janvier 1988, Communauté urbaine de Strasbourg, p. 2 ; *AJDA* 1988, p. 137, chr. Azibert et de Boisdeffre ; *JCP* 1988, II, 21084, obs. Drago ; *RA* 1988, p. 141, note Terneyre ; *RFDA* 1988, p. 25, note Daël.
- CE 20 janvier 1988, De Bouvier de Cachard, *QJ* 24 mai 1988, p. 3, note Romi et Tête.
- CE 27 avril 1988, Marabuto, p. 166 ; *JCP* 1989, II, 21224, obs. J-M. Maublanc ; *AJDA* 1988, p. 449, chr. Azibert et de Boisdeffre.
- CE 18 mai 1988, Moreels, *AJDA* 1988, p. 767, obs. J-B. Auby.
- CE Sect. 23 décembre 1988, Association de défense de la qualité de la vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches du Rhône, *CJEG* 1989, p. 273, concl. La Verpillière ; *D* 1990, SC, p. 13, obs. Bon.
- CE 20 janvier 1989, Époux Thiolier, p. 869 ; *D* 1990, IR, p. 319, obs. Bon.
- CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid Nouraï, notes Dubouis et Beaud ; *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet ; *LPA* 1989, n° 149, note Derouin ; *RTDE* 1989, p. 509, note Vergès.

- CE 31 mars 1989, Coutras, *CJEG* 1990, p. 133, note Delpirou.
- Crim. 6 juin 1989, *Bull Crim*, n°240 ; *GP* 1991, 2, p. 417, note Charlez.
- CE 26 juin 1989, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, *AJDA* 1989, p. 725, note Prétot.
- CE 30 juin 1989, Ministre de l'industrie, des P et T et du tourisme c/ État de Sarre et autres, *CJEG* 1989, p. 333 concl. Fornacciari, note Hétier ; *RFDA* 1989, p. 857, note Dubouis.
- CE 21 juillet 1989, Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c/ Association pour la défense de l'environnement et de la qualité de la vie de Golfe Juan et Vallauris, *DA* 1989, n°543 ; *CJEG* 1989, p. 407, concl. Frydman ; *AJDA* 1990, p. 69, note J-B. Auby.
- CE Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, p. 190, concl. Frydman ; *JCP* 1989, II, 21371, concl. ; *RFDA* 1989, p. 812, concl., p. 824, note Genevois, p. 993, note Favoreu, p. 1000, note Dubouis ; *GP* 12-14 nov 1989, obs. Chabanol ; *AJDA* 1989, p. 756, chr. Honorat et Baptiste, p. 788, note Simon ; *RGDIP* 1990, p. 91, note Boulouis ; *RCDIP* 1990, p. 139, note Lagarde ; *D* 1990, chr., p. 57, art Kovar ; *J*, p. 135, note Sabourin.
- CE 2 mars 1990, Commune de Boulazac, *RFDA* 1990, p. 621, concl. Abraham.
- CE Sect. 8 juin 1990, Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais, p. 148 ; *RFDA* 1991, p. 149, concl. Toutée ; *AJDA* 1990, p. 701, chr. Honorat et Schwartz ; *LPA* 9 janvier 1991, note Pacteau ; *JCP N* 1992, II, p. 318, note Montredon.
- CE 29 juin 1990, Ministre des affaires sociales c/ Société du groupe Cerp, *D* 1991, Somm, p. 231, obs. Bon et Terneyre.
- CE 27 juillet 1990, Ministre de l'agriculture c/ Société coopérative agricole "Coop 2000", *AJDA* 1990, p. 902, obs. Prétot.
- CE Sect. 30 novembre 1990, Élections de Chauffailles, p. 342 ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. Honorat et Schwartz ; *RFDA* 1991, p. 580, concl. Pochard.
- CE Sect. 30 novembre 1990, Association "Les Verts", p. 339 ; *RFDA* 1991, p. 571, concl. Pochard ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. Honorat et Schwartz.
- Riom 21 février 1991, *JCP* 1991, II, 21746, obs. Bernard.
- CE 26 mars 1991, Association Radio Salève, *AJDA* 1991, p. 353, chr. Maugué et Schwartz.

- TA Nice 4 juillet 1991, Association de sauvegarde du site de Gassin, *LPA* 8 novembre 1991, p. 15, note Lamorlette.
- CE Sect. 6 juillet 1991, Commune de Sainte Marie, p. 302 ; *RFDA* 1991, p. 966, concl. Legal ; *AJDA* 1991, p. 693, chr. Maugué et Schwartz.
- CE 8 juillet 1991, Palazzi, p. 276 ; *LPA* 17 juillet 1992, note Béchillon.
- CE 4 octobre 1991, Section régionale "Normandie-Mer du nord" du comité interprofessionnel de conchyliculture, *JCP* 1992, II, 21961, note Icard.
- CE 2 décembre 1991, Souillé, *RFDA* 1992, p. 1041, concl. Abraham.
- CE Sect. 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes, *RFDA* 1993, p. 250, concl. Toutée.
- CE Sect. 24 janvier 1992, Association des centres distributeurs E. Leclerc, *RFDA* 1992, p. 499, concl. Hubert ; *AJDA* 1993, p. 336, chr. Maugué et Schwartz.
- CE 10 février 1992, Roques, *RFDA* 1992, p. 841, concl. M. Laroque.
- CE 6 avril 1992, Consorts Lazergues, *JCP* 1993, II, 22128, note Liet-Vaux.
- CE Sect 16 novembre 1992, Ville de Paris, *AJDA* 1993, p. 54, concl. Legal ; *RFDA* 1993, p. 603, note Morand-Deville et Moréno.
- TA Paris 30 novembre 1992, Pinchot, *RFDA* 1994, p. 528, note Lercher.
- Crim 18 janvier 1993, *D Pén* 1993, n° 171, obs. Maron
- Crim 17 février 1993, *D Pén* 1993, n° 164, obs. Robert.
- CAA Paris 23 février 1993, Compagnie nationale de navigation, *RFDA* 1994, p. 938.
- CAA Bordeaux 25 février 1993, SA Famétal, *DA* 1993, n° 346, *AJDA* 1993, p. 704, obs. Barros.
- CE 1er décembre 1993, Chiarazzo, *AJDA* 1994, p. 152, concl. Arrighi de Casanova.
- CE 28 juillet 1993, Dupuy, *RFDA* 1993, p. 1030, n° 12.
- CE 23 mars 1994, Aymé Jouve, *RFDA* 1994, p. 618, n° 4.
- CE 4 novembre 1994, Abbé Chalumey, *AJDA* 1995, p. 252, obs. P.L.M.
- CE 16 novembre 1994, Traoré, *JCP* 1995, SC, p. 172, obs. Julien-Laferrière.
- CE 27 février 1995, Association de défense des quartiers de Fréjus, Fréjus-Plage, Villepey et Saint Aygulf, *RFDA* 1995, p. 431, n° 40.

III - SUR LA PORTÉE DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ.

A - Ouvrages généraux, thèses, articles.

Aubert C., *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, 1937.

Auby J-B., *La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme*, RFDA 1995, p. 25.

Auby J-M., *L'abrogation des actes administratifs*, AJDA 1967, p. 131.

Le décret du 28 novembre 1983, AJDA 1984, p. 124

Baraduc-Bénabent L. et Parmentier M., *Sauf urgence..., sous réserve et exception faite, ou le décret du 28 novembre 1983*, ALD 1984, p. 93

Barthélémy J., *Exception d'illégalité*, JCA, Fasc 1160.

Bonnard R., *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, .

Boulouis J., *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Les Cours de droit, 1981-1982, .

Boutet D., *Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité*, RDP 1990, p. 1735.

Bouyssou F., *Nouvelles dispositions en matière d'urbanisme*, AJDA 1994, p. 208.

Cathala Th., *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ, 1966.

Chapus R., *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montchrestien, 1995.

Delvolvé G., *Chose jugée*, RDCA.

Delvolvé P., *De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux*, D 1984, chr, p. 137 et RFDA 1984, p. 21

Dubois P., *L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Cahiers de droit européen, 1978.

Durand C., *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1954.

Flauss J-F., *L'autorité de chose décidée des actes administratifs individuels devant le juge civil*, GP 1989, 2, p. 623.

Gabolde C., *La procédure administrative précontentieuse*, D 1984, chr, p. 119

Granier J-P., *Les incidences du contrôle juridictionnel des plans d'occupation des sols sur la validité des permis de construire*, JCP 1988, I, 3358.

Guillien R., *L'exception de recours parallèle*, Sirey, 1934.

Jèze G., *Les principes généraux du droit administratif*, T. I.

Kovar R., *Cour de Justice, Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité, effet des arrêts préjudiciels de la Cour de Justice*, JCE, Fasc. 362.

Labayle H., *La Cour de justice des communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité*, RTDE 1982, p. 484.

Laferrière E., *Traité de la juridiction administrative*, 1888, T. II.

Lepage-Jessua C., *Le décret du 28 novembre 1983 : une mini-révolution ?*, GP 1984, doct., p. 145.

Maisl H., Wiener C., Woehrling J-M., *Un décret ne fait pas le printemps*, AJDA 1984, p. 137.

Mégret C., *La portée juridique et les effets de droit de la déclaration d'invalidité d'un acte communautaire prononcée par la cour de justice des communautés européennes dans le cadre de la procédure instituée par l'article 177 du traité CEE*, Mélanges P-H. Teitgen, p. 311.

Odent R., *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 1981.

Peiser G., *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'exception d'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, Mélanges Auby, p. 277.

Raynaud J-M., *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, 1966.

Rives, *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris 1908.

Rouault M-C., *Le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers*, RA 1984, p. 466.

Rougevin-Baville M., Denoix de Saint Marc R., Labetoulle D., *Leçons de droit public*, IEP 1989.

Sestier J-F., *Annulation de POS et constats d'illégalité : l'unification jurisprudentielle se fer-t-elle au détriment de la stabilité des situations juridiques existantes ?*, JCP N 1993, I, p. 73.

Trabucchi A., *L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la CJCE*, RTDE 1974, p. 56.

Vedel G., Delvolvé P., *Droit administratif*, 12ème éd., PUF, 1992, T I et II.

Waline M., *Cours de doctorat*, 1947-1948,.

Droit administratif, 8ème éd., Sirey ,1959.

Weil P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone,1952.

B - Conclusions, notes de jurisprudence.

- CE 6 juin 1902, Goret, p. 421, concl. Romieu
- CE 12 novembre 1909, Descieux, p. 869, concl. Teissier.
- CE 17 mars 1911, Abbé Hardel, S 1913, 3, p. 131, concl. Blum.
- CE 31 mars 1911, Blanc, Arguing et Bézie, S 1912, III, p. 129, note Hauriou.
- Crim 3 mai 1912, S 1913, I, p. 420, note anonyme.
- CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, p. 790 ; RDP 1922, p. 522, concl. Rivet ; S 1925, 3, p. 9, note Hauriou.
- TC 16 juin 1923, Septfonds, D 1924, 3, p. 41, concl. Matter.
- CE 26 janvier 1929, Retailleau, D 1929, 3, p. 53, note P-L. J.
- Crim 4 décembre 1930, Abbé Gautrand, D 1931, I, p. 33, rap. Bourdon ; D 1931, I, p. 33, note Appleton.
- Trib. Corr. Toulon 18 mars 1948, JCP 1948, II, 4299, note Vedel.
- CE 27 mai 1949, Véron-Réville, GP 1949, 2, p. 34, concl. Odent.
- Crim 26 avril 1951, D 1951, J, p. 601, rap. Pépy.
- CJCE 12 juin 1958, Compagnie des hauts fourneaux de Chasse, p. 153, concl. Lagrange.
- CE Ass. 30 mai 1962, Association nationale de la meunerie, p. 233 ; AJDA 1962, p. 285, chr. Galabert et Gentot, D 1962, p. 631, concl. Bernard.

- CE 13 juillet 1963, Syndicat national des ingénieurs conseils inspecteurs du contrôle de la prévention, p. 429 ; *D Soc* 1963, p. 629, concl. Nicolaÿ.
- Crim 14 novembre 1963, *D* 1964, J, p. 265, note C. D.
- CE 22 novembre 1963, Dalmas de Polignac, *D* 1964, J, p. 161, note Debbasch.
- Crim 4 juin 1964, *D* 1964, J, p. 555, rap. Costa.
- CE Sect 9 octobre 1964, Meunier, p. 454.
- CE Sect. 14 décembre 1964, *RDP* 1965, p. 272, note Waline.
- CJCE 1er décembre 1965, Schwarze, p. 1104, concl. Gand.
- Cass Plén. 25 février 1966, *GP* 1966, I, J, p. 366, note B.D.
- CE 12 mai 1967, De Corbier, p. 211 ; *RA* 1967, p. 168, concl. Braibant.
- Soc 30 janvier 1969, *GP* 1969, I, p. 225, note B.D.
- CE 12 décembre 1969, Héli de Talleyrand-Périgord, p. 574 ; *AJDA* 1970, p. 34, concl. Kahn.
- TC 2 mars 1970, Société Duvoir c/ SNCF, p. 385, concl. Braibant, *D* 1970, J, p. 695, note L.H.
- TC 7 décembre 1970, Riehm c/ ORTF, p. 895 ; *D* 1971, p. 611, note J. Chevallier.
- CE Plén. 7 mai 1971, Ministre de l'économie et des finances et Ville de Bordeaux c/ Sastre, *RDP* 1972, p. 443, note Waline.
- CE 7 janvier 1972, Élections au conseil de l'UER de lettres de l'Université de Limoges, p. 25, concl. Théry.
- CE 18 mai 1973, Ville de Cayenne, p. 359 ; *AJDA* 1973, p. 538, note Ferrari.
- CJCE 21 février 1974, Schotskörtner, p. 177, concl. Trabucchi.
- Civ 1ère 15 janvier 1975, *D* 1975, J, p. 671, note Drago.
- CE Ass. 13 juin 1975, Pajaniandy, p. 350 ; *D* 1977, p. 74, note Bidegaray.
- Trib. Pol. Bressuire 26 février 1976, *GP* 1977, I, p. 12, note Doll.
- Trib. Pol. Albertville 2 mai 1978, *D* 1978, p. 429, note Morange
- CE Ass. 18 janvier 1980, Bargain, *RA* 1980, p. 151, concl. Bacquet ; *AJDA* 1980, p. 91, chr. Robineau et Feffer.
- CE Ass. 15 février 1980, Association pour la défense du site du vieux Pornichet, *JCP* 1980, II, 19375, concl. Genevois ; *AJDA* 1980, p. 291, chr. Robineau et Feffer.

- CE Ass. 29 avril 1980, Ordre des architectes, *AJDA* 1981, p. 429, note Genevois.
- CE Sect. 9 mai 1980, ONIC, p. 220 ; *AJDA* 1980, p. 535, concl. Genevois, note Jordan ; *D* 1980, p. 462, note Plouvin ; *RTDE* 1980, p. 578, concl. note M-A. F.
- CE Sect. 30 janvier 1981, Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction, p. 32, concl. Hagelsteen ; *D* 1981, IR, p. 277, obs. P. Delvolvé.
- CE Ass. 29 avril 1981, Ordre des architectes, *AJDA* 1981, p. 429, note Genevois.
- CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won et Butin, *RDP* 1982, p. 822, concl. Bacquet.
- CE 3 juin 1983, Vincent, p. 277 ; *AJDA* 1983, p. 479, note Chapuisat.
- Crim 5 décembre 1983, *D* 1984, J, p. 217, note Cosson.
- CE 10 février 1984, Association les amis de la Terre, p. 55 ; *RJE* 1984, p. 211, note Colson ; *CJEG* 1984, p. 308, concl. Jeanneney.
- CE 15 février 1984, Association industrielle du Territoire de Belfort, p. 66.
- Com 10 décembre 1985, *RTDE* 1986, p. 159, note Masclet.
- CE 13 juin 1986, ONIC, *RTDE* 1986, p. 533, concl. Bonnichot.
- Civ 1ère 19 juin 1986, *D* 1985, J, p. 485, rap. Sargos.
- CC 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, p. 8 ; *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *D* 1988, p. 117, note Luchaire, *GP* 18 mars 1987, p. 5, note Lepage-Jessua ; *JCP* 1987, I, 3200, chr. Drago et II, 20854, note Sestier ; *LPA* 13 février 1987, p. 21, note Sélinsky ; *RA* 1988, p. 29, note Sorel ; *RDP* 1987, p. 1341, note Gaudemet ; *RFDA* 1987, p. 287, note Genevois, p. 301, note Favoreu ; *RA* 1987, p. 139, note Villiers.
- TA Versailles 22 mai 1987, Madame Selz c/ Commune de Rubelles, *AJDA* 1987, p. 674, concl. J. Arrighi de Casanova.
- Crim 21 octobre 1987, *RCDIP* 1988, p. 291, note Lagarde.
- CE Sect. 1er juillet 1988, Billard et Volle c/ SNCF, *D. Soc* 1989, p. 512, note Lachaume.
- CE Ass. 3 février 1989, Compagnie Alitalia, p. 44 ; *RFDA* 1989, p. 391, concl. Chahid Nourai, notes Beaud et Dubouis ; *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet ; *RTDE* 1989, p. 509, note Vergès.
- CE Sect. 2 mars 1990, Commune de Boulazac, *RFDA* 1990, p. 621, concl. Abraham.

- CE Sect. 8 juin 1990, Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais, *RFDA* 1991, p. 149, concl. Toutée ; *LPA* 9 janvier 1991, p. 17, note Pacteau.
- CE Sect. 30 novembre 1990, Association les Verts, p. 339 ; *RFDA* 1991, p. 571, concl. Pochard ; *AJDA* 1991, p. 114, chr. Honorat et Schwartz.
- TC 17 juin 1991, Madhaoui, *GP* 1992, 2, J, p. 501, concl. Stirn ; *LPA* 8 janvier 1992, p. 11, note Rouault.
- CE 25 novembre 1991, Commune de Saint Palais sur Mer, p. 405 ; *LPA* 29 avril 1992, p. 7, note Morand-Deville ; *AJDA* 1992, p. 116, chr. Maugué et Schwartz.
- CE Ass. 28 février 1992, SA Rothmans international France et SA Philip Morris France et, même jour, Société Arizona tobacco products et SA Philip Morris France, p. 80, concl. M. Laroque ; *AJDA* 1992, p. 210, concl. et, p. 329, chr. Maugué et Schwartz ; *JCP* 1992, II, 21859, note Teboul ; *LPA* 1992, n° 44, p. 18, note Célerier ; *RFDA* 1992, p. 425, note Dubouis.
- Soc 7 décembre 1993, *JCP* 1994, II, 22245, note Waquet.
- TA Grenoble 23 décembre 1993, Sabatier, *AJDA* 1994, p. 233, concl. Chocheyras.
- CE 4 mars 1994, Comité Stop Nogent, *RFDA* 1994, p. 632, n° 29.
- CE Sect. 27 mai 1994, Société Franck Alexandre, *AJDA* 1994, p. 507, chr. Maugué et Touvet
- CE 29 juillet 1994, Bruguier, *AJDA* 1994, p. 921, obs. Debouy.
- CAA Bordeaux 18 octobre 1994, Immergluck, *D. Fisc.* 1994, 2168, concl. Bousquet.
- CE Ass. 21 octobre 1994, Société Tapis Saint Maclou, *AJDA* 1994, chr. Touvet et Stahl.

Index alphabétique

A

abrogation : 266 ; 315 ; 321 ; 437 ; 512 ; 520 ; 525 ; 527 ; 55' s. ; 561 ; 575 ; 590 ; 594 ; 605 s. ; 613 s. ; 645 s. ; 676.

acquiescement : 12 ; 21.

acte :

- à caractère pécuniaire : 338 ; 464 s. ; 469 s.
- clair : 190 ; 642.
- communautaire : 26 ; 641s. ; 685 s.
- complexe : 473 s. ; 665.
- contraire : 647.
- créateur de droits : 439 s. ; 444 ; 457 s. ; 467 s. ; 504 ; 507 s. ; 522 s. ; 526 s. ; 560 ; 573 ; 646 s. ; 651s.
- dérogatoire : 625 s.
- détachable : 74 ; 487.
- de droit privé : 25 ; 318.
- de gouvernement : 218 ; 399.

- individuel : 87 ; 92 s. ; 124 ; 130 ; 143 ; 149 ; 157 ; 210 ; 251 ; 303 ; 390 ; 442 s. ; 522 ; 523 s.
- invoqué comme moyen de défense : 94 ; 99 s. ; 146 s.
- juridictionnel : 572 ; 665 s.
- non réglementaire : 92 ; 251 ; 316 ; 340 s. ; 442 s. ; 494 s. ; 560 s.
- particulier : 390 ; 442 s. ; 496 ; 502 s. ; 523 s.
- pénalement sanctionné : 92 ; 97 s. ; 141 s.
- préparatoire : 265 ; 297 ; 391 s. ; 479.
- réglementaire : 87 ; 92 s. ; 107 ; 124 ; 130 ; 142 ; 147 ; 157 ; 166 ; 294 ; 316 ; 388 ; 434 s. ; 494 s. ; 505 ; 519 s. ; 559 ; 573 ; 614 s. ; 647.

action :

- droit d'... : 7.
- recours par voie d'... : 13.

adjudication : 182 ; 489 ; 490.

agrément : 319 ; 322 ; 334 ; 489 ; 490.

Ancien droit : 15.

annulation : 37 ; 223 ; 441 ; 455 ; 568 s. ; 635 s. ; 660 ; 662.

antériorité : 256 s.

appel : 185.

approbation : 318 ; 322 ; 491 ; 594.

arrêté :

- municipal : 390.
- de cessibilité : 307 ; 477 ; 487 ; 506.
- préfectoral : 389.
- ministériel : 389.

association communale de chasse : 338 ; 489 ; 524.

autorité de chose jugée : 225 ; 412 ; 550 ; 568 s. ; 573 ; 658 s.

- absolue : 569 s. ; 671 s. ; 677 s. ; 714 s. ; 722 s.
- relative : 589 ; 658 ; 662 s. ; 690 s. ; 699 s.

avancement : 485 ; 498.

C

cassation : 185.

cause d'exonération : 426 ; 461.

cause juridique : 327 ; 402 s. ; 413 ; 418 s. ; 536 s. ; 541.

changement de circonstances : 437 ; 439 ; 520 ; 525 s. ; 550 s. ; 649.

circulaire : 208 ; 298 ; 390 ; 414.

classement : 491 ; 495.

code TA-CAA : 58.

commission : 486.

compétence juridictionnelle : 43.

- au sein de l'ordre administratif : 53 ; 59 s. ; 69 s. ; 218 s. ; 583 ; 716.

- exclusive : 138.

concession : 307 ; 308.

concours : 304 ; 343 ; 484 ; 514.

condition suspensive : 517.

coexistence de deux normes : 607 s. ; 624 s.

connaissance acquise : 446

connexité : 69 ; 73.

conflit : 202.

conseil du contentieux administratif : 70 ; 720.

Conseil d'État : 72 ; 687 s.

conseil de préfecture : 75.

conséquence :

- notion de... : 279.
- annulation par voie de...: 282; 362.

contentieux :

- contractuel : 70 ; 318.
- électoral : 37 ; 70 ; 74 ; 77 ; 298 s. ; 337 ; 392 ; 486 ; 499 ; 557.
- fiscal : 37 ; 63 ; 75 s. ; 118 s. ; 297 s. ; 428 ; 453 ; 490 s.
- local : 76.

continuité juridique : 240 s.

contrat :

- de droit privé : 25.
- nullité : 25 ; 459 ; 550.

contrariété de jurisprudence : 57 ; 90 ; 141 s. ; 708 s.

contravention de voirie : 77.

cour administrative d'appel : 61 ; 68 ; 720.

Cour de justice des communautés européennes : 26 ; 215 ; 217 ; 393 ; 401.

D

déchéance : 9 s.

- quadriennale : 184 ; 467.

décision :

- confirmative : 288.
- implicite : 465 ; 470.
- préalable : 385.

déclaration d'illégalité : 567 s.

- autorité de chose jugée : 568 ; 658 s.
- effets sur l'acte : 441 ; 455 s. ; 466 s. ; 571 s. ; 578 s.
- effets sur le droit applicable : 568 ; 576 ; 604 ; 605 s.
- notion : 567 s.

déclaration d'invalidité : 26 ; 642 s. ; 685 ; 694.

déclaration :

- d'insalubrité : 162 ; 254 ; 345.

- d'utilité publique : 249 ; 307 ; 346 ; 477 ; 487 s. ; 506 ; 524.

décret : 69 ; 219 ; 389 ; 717.

- du 28/11/1983 : 294 ; 316 ; 687 s. ; 719 ; 723.

défendeur : 14 ; 19 ; 453 ; 596.

défense :

- au fond : 16 ; 18 ; 544.

- moyen de ... : 14 s ; 453 ; 596.

déféré préfectoral : 386 ; 625.

demande :

- incidente : 20.

- nouvelle : 223 ; 427 ; 579.

demandeur : 14 ; 19 ; 593 ; 601.

délai de recours :

- date d'appréciation : 285.

- effets sur l'acte : 9 s. ; 205 ; 209 s. ; 327 s. ; 339 ; 430 s. ; 512 s. ; 585 s. ; 663.

- au principal : 403 s.

délibération : 319 ; 322 ; 390 ; 459 ; 491 ; 514 ; 625.

déni de justice : 44 ; 96 ; 166 ; 220 ; 616.

détournement de pouvoir : 203 ; 421 ; 538.

diplôme : 491 ; 514 s.

directive : 298 ; 392 s.

divisibilité : 223 ; 261 ; 296 ; 481 ; 514.

domaine de la loi et du règlement : 46 ; 48 ; 82 ; 615 ; 617 s. ; 733.

domaine public : 183 ; 226 ; 302 ; 337 ; 523.

droit :

- d'action : 7.
- romain : 14-15.
- substantiel : 7 ; 13.

E

erreur :

- de droit : 421 ; 538.
- de fait : 421 ; 424.
- manifeste d'appréciation : 541.

établissement classé : 260 ; 333.

état exécutoire : 490 ; 492 ; 498.

exception :

- dilatoire : 15.
- d'inconstitutionnalité : 21; 27 ; 167 ; 267.
- d'inconventionnalité : 27 ; 692.
- d'invalidité : 26 ; 642 s. ; 685 ; 694.
- notion : 14 s.
- histoire : 14 s.
- de nullité : 26.
- péremptoire : 15.
- de procédure : 16.

exception d'illégalité :

- autonomie : 34 s.
- définition : 13 s.
- histoire : 22 s.
- suppression : 28 s. ; 733 s.

exécution : 257 ; 278.

expropriation : 297 ; 307 ; 345 ; 392 ; 487 s.

F

faute : 425 s. ; 462 ; 467 s.

fin de non-recevoir : 16 ; 35.

fondement : 278.

fraude : 446 ; 522.

H

hiérarchie des normes : 24 ; 263.

homologation : 319 ; 322 ; 594.

I

inapplicabilité de l'acte : 407 ; 415 ; 573 ; 576 ; 593 s. ; 611 s. ; 669.

incident : 8 ; 19 ; 665 s.

incompétence : 411 ; 421 s. ; 537 ; 549 ; 637.

inexistence : 73 ; 130 ; 135 ; 445 ; 522 ; 550 ; 619 s. ; 640.

intangibilité des situations juridiques: 6 s. ; 509 s. ; 609 s.

intérêt à agir : 400 s.

interprétation des actes adminis-tratifs : 96 ; 106 s. ; 168.

J

juge de l'action :

- compétence : 173 s. ; 224 s. ; 230 s. ; 383 s. ; 542 s.
- juge de l'exception : 50 s. ; 65 s. ; 80 s. ; 117 s. ; 583 s.

juge naturel : 57 ; 725 s.

juge :

- non répressif : 117 s. ; 154 s. ; 281 ; 294 ; 404 ; 534 ; 545 ; 569 ; 682 s.
- répressif : 83 s. ; 141 s. ; 281 ; 293 ; 404 ; 456 ; 534 ; 543 ; 583 ; 617 ; 678 s. ; 696 ; 709.

juridiction administrative spéciale : 60 ; 62 ; 69 ; 74 s. ; 219 ; 716 ; 720.

L

légalité :

- ab initio : 437 ; 520 ; 525 ; 550 ; 552 ; 649 ; 675.
- externe : 359 ; 373 ; 379 ; 419 s. ; 536 s.
- interne : 359 ; 373 ; 419 s. ; 536 s.

liberté : 113 ; 127 ; 131 ; 540.

lien :

- d'application : 181 ; 247 ; 274 s. ; 353 s. ; 594 ; 596.
- de causalité : 240 ; 426 ; 461.
- de consubstantialité : 310 s. ; 594 ; 597.
- de continuité : 240 s. ; 248 s. ; 284.
- de dépendance : 184.
- de nécessité : 243 ; 245 s.
- de réciprocité : 478 s. ; 499 s. ; 513 ; 516 ; 529.

loi : 26 ; 95 ; 107 ; 217 ; 447 ; 614 s.

- du 9 février 1994 : 28 s. ; 379 ; 442 ; 536 ; 634 ; 635 s. ; 734 s.

M

marché public : 490.

mesure d'ordre intérieur : 397.

méthode : 38.

ministère d'avocat : 385.

modification : 323 s.

motivation : 193 ; 349 ; 387.

moyen :

- de droit : 175 ; 222 ; 233 ; 326 s. ; 383 s. ; 418 ; 532 s. ; 665 s.
- inopérant : 236 s.
- principe de l'économie des... : 175.
- d'ordre public : 405 s. ; 542 s. ; 637 ; 701 s. ; 728.

mutation : 285 ; 485.

N

nomination : 285 ; 343 ; 485 ; 495.

norme supplétive : 628 s.

notation : 339 ; 485 ; 495.

O

opérance : 174 ; 176 ; 182 ; 233 s. ; 475 s. ; 487 s.

opération complexe : 241 ; 252 s. ; 340 s. ; 396 s. ; 473 s. ; 496 s. ; 512 s. ; 524 ; 529 ; 654 s.

opportunité : 533 s.

ordre de versement : 490 ; 498.

organisation des juridictions : 151.

P

parallélisme des formes : 266 ; 648 s.

pension : 338 ; 540.

permis de construire : 247 ; 249 s. ; 254 ; 276 ; 284 ; 342 ; 350 s. ; 487 ; 491 ; 492 ; 528 ; 628 s.

plan d'occupation des sols : 29 s. ; 250 ; 260 ; 271 ; 276 ; 350 s. ; 628 s. ; 635 s. ; 647 ; 734 s.

plénitude de juridiction : 47 s.

- du juge administratif : 51 s.
- du juge non répressif : 117 s. ; 202.
- du juge répressif : 83 s. ; 202.

préjudice : 426 ; 461 ; 467.

prescription : 7 s.

principe :

- d'égalité : 317 ; 540.
- fondamental reconnu par les lois de la République : 81 s. ; 582 s.
- général du droit : 54 ; 65 s. ; 540.
- de légalité des délits et des peines : 111 s.
- d'unité du droit : 94 ; 671 s. ; 606 s. ; 721 s.
- à valeur constitutionnelle : 735 s.

privilege du préalable : 10.

procédure :

- civile : 14 ; 205 ; 404.
- formulaire : 14 s.
- pénale : 17 ; 205 ; 404.

prorogation :

- du délai : 447.
- d'un acte : 488.

publication : 445 ; 451 ; 515.

Q

question préalable : 17 ; 47 ; 50 s. ; 80 s. ; 183 ; 568 ; 581.

question préjudicielle : 17 ; 47 ; 55 ; 66 ; 137 s. ; 693 ; 703.

- à l'action : 17.
- caractère nécessaire : 174 s. ; 215 s. ; 225.
- caractère sérieux : 187 s. ; 215 s. ; 225.
- caractère subsidiaire : 177 s.
- compétence du juge de la ... : 198 s. ; 547 s.
- au jugement : 17.
- devant juge non répressif : 154 s.
- devant juge répressif : 141 s.
- mise en oeuvre : 172 s.
- pouvoirs du juge de la ... : 220 s.

R

recevabilité de l'exception d'illégalité 383 s.

- caractère de l'acte : 205 s. ; 217 s. ; 387 s. ; 414.
- cause juridique : 403 s. ; 418 s.
- date d'appréciation : 448 s. ; 285.
- décision préalable : 385.
- délai de recours contre l'acte : 209 s. ; 414 ; 430 s.
- effets sur l'acte : 578 s.
- intérêt à agir : 400 s. ; 480 s.
- ministère d'avocat : 385.
- motivation : 387.

- ordre d'examen des questions : 326 s.

recours administratif : 73 ; 198 ; 270 s. ; 447.

recours en appréciation de validité : 137 s. ; 198 s. ; 207.

- compétence : 218 s.

- effets : 567 ; 579 ; 658.

- recevabilité : 209 s. ; 385 ; 387 ; 401 ; 404.

recours pour excès de pouvoir : 32 ; 35 s. ; 69 ; 73 ; 196 s. ; 218 ; 238 s. ; 406 s. ; 419 s. ; 466 ; 469 ; 473 s. ; 552 ; 554 ; 586 ; 671 s.

recours parallèle : 35 ; 75 ; 89 ; 124.

recours de plein contentieux : 32 ; 70 ; 74 ; 238 s. ; 259 ; 311 s. ; 320 ; 406 ; 424 s. ; 553 ; 587.

- objectif : 428 ; 453 ; 471.

- subjectif : 425 ; 471.

référé : 279.

règle générale de procédure : 54 ; 60 ; 65.

règlement :

- d'administration publique : 389.

- national d'urbanisme : 630 s.

remembrement : 162 ; 270 s. ; 345 ; 488.

réquisition : 162.

responsabilité pour illégalité : 63 ; 71 ; 74 ; 238 ; 261 ; 312 s. ; 320 ; 406 ; 425 ; 460 s. ; 529 ; 595 ; 597.

retrait : 314 ; 321 ; 444 ; 447 ; 454 ; 511 s. ; 514 s. ; 517 ; 520 s. ; 527 ; 567 ; 655.

rétroactivité : 412 ; 521 ; 550 ; 640 s.

révocation : 88 ; 285 ; 305.

ripeness : 480.

S

schéma directeur : 307 ; 333 ; 365.

sectionnement électoral : 486 ; 557.

séparation des autorités : 22 ; 44 ; 53 ; 80 s. ; 137 s. ; 165 s. ; 190 ; 198 s. ; 226 ; 456 ; 547 s. ; 711 ; 717.

séparation des pouvoirs : 615 ; 621.

substitution de base légale : 577 ; 604 ; 605 ; 630 ; 644.

supériorité : 263.

sursis :

- à exécution : 192.

- à statuer : 198 ; 221 ; 387 ; 579 ; 703.

suspension : 305 ; 485.

T

traité international : 27 ; 217.

travaux publics : 445.

tribunal :

- administratif : 59 ; 68 ; 219 ; 687 ; 720.

- des conflits : 90 s. ; 139 ; 157 s. ; 180.

- correctionnel : 87.

- de police : 87 ; 583 ; 679 ; 697 ; 716.

U

ultra petita : 262 ; 580 ; 599 s.

urbanisme :

- commercial : 247 ; 254 ; 271 ; 284 ; 342.
- permis de construire : v. ce mot.
- plan d'occupation des sols : v. ce mot.

V

validation : 269.

vice :

- de forme : 536.
- de procédure : 302 ; 421 s. ; 536.

vide juridique : 605 s. ; 612 ; 644 ; 651 s.

violation :

- de la constitution : 439 ; 540.
- du champ d'application de la loi : 407 s. ; 412 ; 415 s. ; 539 s. ; 549 s.

visa : 295.

voie de fait : 126 ; 683.

Z

ZAC : 246 ; 249 ; 264 ; 306 s. ; 491 ; 534.

ZAD : 308.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS.	p 5

INTRODUCTION.	p 6

PREMIÈRE PARTIE - LE JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.

p 43

CHAPITRE PREMIER - LE JUGE DE L'ACTION, JUGE DE L'EXCEPTION.	p 50

SECTION I - UN PRINCIPE CONSACRÉ AU SEIN DE L'ORDRE ADMINISTRATIF.	p 51

§ 1 - LE FONDEMENT DU PRINCIPE.	p 52

A - Le fondement théorique.	p 52

<u>1 - Un principe hors du champ de la séparation des autorités.</u>	p 53

<u>2 - Un principe justifié par l'unité de l'ordre juridictionnel administratif.</u>	p 56

B - La consécration du principe.	p 58

<u>1 - La consécration textuelle.</u>	p 58

2 - La consécration jurisprudentielle. p 61

§ 2 - LA CONCRÉTISATION DU PRINCIPE. p 67

A - L'absence de questions préjudicielles de légalité devant les juridictions administratives de droit commun. p 67

1 - Devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. p 68

2 - Devant le Conseil d'État. p 72

B - L'absence de questions préjudicielles administratives devant les juridictions administratives spécialisées. p 74

1 - Devant les anciens conseils de préfecture. p 74

2 - Devant les juridictions administratives spécialisées contemporaines. p 77

SECTION II - UN PRINCIPE PARTIELLEMENT CONSACRÉ AU SEIN DE L'ORDRE JUDICIAIRE. p 79

§ 1 - LE JUGE RÉPRESSIF, PAR PRINCIPE JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ. p 83

A - L'étendue de la compétence du juge répressif. p 83

1 - la compétence du juge répressif dans le système antérieur à la réforme du code pénal. p 83

a - La solution initiale : l'omni-compétence du juge répressif.	p 83
b - l'éclatement.	p 89
☐ La position du Tribunal des conflits.	p 90
☐ La position de la Chambre criminelle.	p 95

<u>2 - La compétence du juge pénal dans le système issu de la réforme du code pénal.</u>	p 99

B - Les fondements incertains de la compétence du juge répressif. p 102

<u>1 - les fondements inadaptés.</u>	p 103
a - les fondements extra-juridiques.	p 103
b - les fondements juridiques.	p 105
<u>2 - Les fondements possibles.</u>	p 108
a - Les fondements en cause.	p 108
- La plénitude de compétence du juge répressif.	p 108
- Le principe de légalité des délits et des peines.	p 109
- L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle.	p 111
b - L'échec de leur combinaison.	p 114

§ 2 - LE JUGE CIVIL, EXCEPTIONNELLEMENT JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.	p 115

A - La plénitude de compétence du juge fiscal. p 116

<u>1 - Le fondement de la compétence du juge fiscal.</u>	p 117

a - Les fondements textuels.	p 117
b - La mission du juge fiscal.	p 118
<u>2 - L'étendue de la compétence du juge fiscal.</u>	p 120
a - Les impôts en cause.	p 121
b - Les actes en cause.	p 122
 B - La plénitude de compétence du juge non répressif en cas de voie de fait.	 p 124
 <u>1 - L'exception d'illégalité et la voie de fait.</u>	 p 125
a - La voie de fait résultant d'un acte administratif.	p 125
b - La plénitude de compétence du juge non répressif.	p 126
 <u>2 - Le fondement de la compétence du juge non répressif en cas de voie de fait.</u>	 p 128
a - L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle.	p 129
b - La dénaturation de l'action et de l'acte administratifs.	p 130

CHAPITRE SECOND - LE JUGE DE L'ACTION INCOMPÉTENT POUR STATUER SUR L'EXCEPTION.

p 137

SECTION I - L' EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ DES ACTES

ADMINISTRATIFS, QUESTION PRÉJUDICIELLE.

p 140

§ I - LES ANCIENNES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES DE LÉGALITÉ DEVANT LE JUGE RÉPRESSIF.

p 141

A - L'exception d'illégalité des actes fondant les poursuites.

p 141

1 - Une compétence incontestée à l'égard des règlements.

p 142

2 - Une controversée à l'égard des actes individuels.

p 142

B - L'exception d'illégalité des actes soutenant la défense.

p 146

1 - Une compétence controversée à l'égard des règlements.

p 146

2 - Une compétence incontestée à l'égard des actes individuels.

p 148

C - L'exception d'illégalité des actes non invoqués comme fondement

des poursuites ou comme moyen de défense.

p 150

§ 2 - LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES DE LÉGALITÉ DEVANT LE JUGE NON RÉPRESSIF.

p 154

A - La jurisprudence Septfonds.

p 154

1 - La reconnaissance du principe d'incompétence du juge non répressif p 154

a - Les hésitations jurisprudentielles antérieures à l'arrêt Septfonds. p 155

b - Le coup d'arrêt de l'arrêt Septfonds. p 156

2 - L'application du principe d'incompétence par le juge non répressif. p 158

a - L'application du principe d'incompétence par les Chambres civiles. p 159

b - L'application du principe d'incompétence par la Chambre Sociale. p 162

B - Les fondements de la jurisprudence Septfonds. p 164

1 - L'appréciation de la légalité, distincte de l'interprétation. p 165

2 - L'appréciation de la légalité et la séparation des pouvoirs. p 167

**SECTION II - LES COMPÉTENCES RESPECTIVES DU JUGE DE L'ACTION
ET DU JUGE DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS.**

p 171

**§ I - LE JUGE DE L'ACTION, JUGE DE L'EXISTENCE DE LA QUESTION
PRÉJUDICIELLE.**

p 172

**A - L'appréciation de la légalité de l'acte doit être nécessaire au
règlement du litige.**

p 173

<u>1 - La signification du caractère nécessaire.</u>	p 173
a - L'exigence d'un lien entre l'acte et le litige.	p 174
b - Le caractère subsidiaire de la question préjudicielle.	p 176
 <u>2 - L'appréciation du caractère nécessaire.</u>	 p 178
a - Le caractère nécessaire dans la jurisprudence.	p 178
b - Les changements d'appréciation du caractère nécessaire au cours d'un litige.	p 183
 B - L'appréciation de la légalité de l'acte doit se heurter à une difficulté sérieuse.	 p 185
 <u>1 - La signification de la condition.</u>	 p 186
a - Les raisons de l'exigence d'une difficulté réelle et sérieuse.	p 186
b - La difficulté réelle et sérieuse et la séparation des autorités.	p 187
<u>2 - L'appréciation de la difficulté réelle et sérieuse.</u>	p 189
a - Le cas général.	p 190
b - Le cas particulier : l'exercice parallèle d'un recours pour excès de pouvoir.	p 193
 § 2 - LE JUGE DE L'EXCEPTION, JUGE DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE.	 p 195
 A - La compétence du juge de l'exception.	 p 195
 <u>1 - L'incompétence du juge de l'exception quant à l'existence d'une question préjudicielle.</u>	 p 196

a - L'appréciation de la compétence du juge de l'action.	p 197
□ - La compétence sur l'action.	p 197
□ - La compétence sur l'exception.	p 198
b - L'appréciation de la recevabilité de la question préjudicielle.	p 201
- L'appréciation de la recevabilité de l'exception d'illégalité.	p 202
- L'appréciation des caractères nécessaire et sérieux de la question.	p 211

2 - La compétence du juge de l'exception pour décliner sa compétence. p 212

a - Le juge de l'exception peut décliner la compétence de son ordre juridictionnel.	p 212
b - Le juge de renvoi peut décliner sa compétence au sein de son ordre juridictionnel.	p 214

B - Les pouvoirs du juge de l'exception. p 215

1 - L'obligation de répondre à la question posée. p 216

a - L'obligation de répondre à toute la question	p 216
b - L'obligation de ne répondre qu'à la question.	p 218

2 - Une réponse s'imposant au juge du fond. p 219

a - Le cas général.	p 220
b - Le cas particulier.	p 221

DEUXIÈME PARTIE - L'EXAMEN DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ. p 230

**CHAPITRE PREMIER - L'EXAMEN DU CARACTÈRE OPÉRANT
DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.** p 233

SECTION I - LA NOTION DE CARACTÈRE OPÉRANT. p 237

§ 1 - IDENTIFICATION DES ÉLÉMENTS DU CARACTÈRE OPÉRANT. p 237

A - Les deux éléments du caractère opérant. p 238

1 - Le lien de nécessité au sein d'une continuité juridique. p 238

2 - Le cumul des deux éléments. p 245

a - L'inopérance de l'exception d'illégalité d'un acte seulement
nécessaire à celui attaqué au principal. p 245

b - L'inopérance de l'exception d'illégalité entre des actes relevant de
législations ou de réglementations différentes. p 248

B - Les éléments extérieurs au caractère opérant. p 255

1 - Les éléments indifférents. p 256

a - L'antériorité de l'acte visé par l'exception d'illégalité. p 256

☐ - L'antériorité, caractère fréquent. p 256

☐ - L'antériorité, caractère non nécessaire. p 259

b - La supériorité de l'acte visé par l'exception d'illégalité. p 263

☐ - La supériorité, caractère fréquent. p 263

☐ - La supériorité, caractère non nécessaire. p 264

2 - L'indifférence des éléments p 267

§ 2 - LA RÉALISATION DU CARACTÈRE OPÉRANT.	p 273

A - La réalisation par le lien d'application.	p 274

1 - La notion d'application.	p 274

a - Le lien d'application.	p 274

b - Les notions voisines.	p 277

□ - Les notions identiques.	p 277

□ - La notion distincte.	p 281

2 - Illustration du lien d'application.	p 287

a - L'apparition du lien d'application.	p 288

b - L'utilisation du lien d'application.	p 295

□ - Le rapport entre les actes.	p 295

□ - Les actes.	p 297

□ - Les matières.	p 299

B - La réalisation par le lien de consubstantialité.	p 310

1 - L'existence d'un autre lien.	p 311

a - En matière de plein contentieux.	p 311

b - En matière de recours pour excès de pouvoir.	p 314

2 - L'existence d'un lien de consubstantialité.	p 320

SECTION II - L'EXAMEN PRIMORDIAL DU CARACTÈRE OPÉRANT.	p 326

§ I - LE PRINCIPE : BIEN QU'OPÉRANTE, L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ
PEUT ÊTRE IRRECEVABLE. p 329

**A - L'admission du caractère opérant ne préjuge pas de la recevabilité
de l'exception. p 329**

1 - L'opérance et la recevabilité, deux appréciations distinctes. p 330

2 - Les manifestations jurisprudentielles. p 332

B - Le rejet pour irrecevabilité implique l'opérance de l'exception d'illégalité.

p 335

1 - Le principe. p 335

a - La jurisprudence classique. p 336

b - La conséquence. p 339

2 - Les approximations jurisprudentielles. p 343

a - Le rejet pour irrecevabilité d'une exception d'illégalité
inopérante. p 344

b - Le rejet pour inopérance d'une exception d'illégalité
irrecevable. p 346

c - Le rejet comme non fondée d'une exception d'illégalité
inopérante. p 348

§ 2 - LA DÉROGATION : BIEN QU'INOPÉRANTE, L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ
PEUT ÊTRE RECEVABLE. p 349

A - Présentation de la jurisprudence Société Gépro - Assaupamar. p 350

1 - Une nouvelle conception des rapports du plan d'occupation des sols et des autorisations individuelles. p 351

a - L'absence de lien d'application entre le plan d'occupation des sols et l'autorisation individuelle. p 352

b - L'existence d'un lien d'application entre la plan d'occupation des sols et l'autorisation individuelle rendue possible par ses illégalités. p 356

2 - La transposition au cas de l'exception d'illégalité. p 359

a - Une transposition délicate. p 360

b - La jurisprudence Assaupamar dérogation au caractère primordial de l'opérance de l'exception d'illégalité. p 364

B - Critique de la jurisprudence Société Gépro - Assaupamar. p 367

1 - Une solution non satisfaisante quant au lien entre l'autorisation individuelle et le plan d'occupation des sols. p 368

a - Des contradictions multiples. p 368

b - L'autorisation individuelle, acte d'application du plan d'occupation des sols. p 371

2 - Une solution non satisfaisante quant au régime de l'exception d'illégalité. p 376

**CHAPITRE DEUXIÈME - L'EXAMEN DE LA RECEVABILITÉ
DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.** p 383

INTRODUCTION

- - Le ministère d'avocat. p 385
- - La motivation. p 387
- - La nature de l'acte argué d'illégalité. p 388
- - L'intérêt à agir. p 400

**SECTION I - LES CONDITIONS TEMPORELLES LIÉES AU
RECOURS PRINCIPAL.** p 403

**§ 1 - L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ N'EST PAS, EN SOI, PERPÉTUELLE PAR
RAPPORT AU RECOURS PRINCIPAL.** p 406

**A - Exposé de la théorie présentant l'exception d'illégalité comme un moyen
d'ordre public.** p 406

B - Critique de la théorie. p 410

1 - Une solution non consacrée par le juge. p 411

- a - Une jurisprudence citée contraire. p 411
- b - Une jurisprudence contraire écartée. p 413

**2 - Une conception trop extensive de la notion de champ d'application de
la loi.** p 415

§ 2 - L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ DOIT REPOSER SUR UNE CAUSE JURIDIQUE DÉJÀ SOULEVÉE DANS LE RECOURS PRINCIPAL. p 418

A - La cause juridique de l'exception d'illégalité dans le recours pour excès de pouvoir. p 419

1 - Les vices de l'acte contesté par voie d'exception constituent indifféremment des illégalités externes ou internes de l'acte attaqué. p 420

2 - Les vices de l'acte contesté par voie d'exception constituent des illégalités externes ou internes de l'acte attaqué, selon l'incidence du premier sur son contenu. p 422

B - La cause juridique de l'exception d'illégalité dans le recours de plein contentieux. p 424

1 - La cause juridique de l'exception d'illégalité dans le plein contentieux subjectif. p 425

2 - La cause juridique de l'exception d'illégalité dans le plein contentieux objectif. p 428

SECTION II - LES CONDITIONS TEMPORELLE LIÉES À L'ACTE ARGUÉ D'ILLÉGALITÉ. p 430

§ 1 - EXPOSÉ DE LA CONDITION CLASSIQUE : LE CARACTÈRE DE L'ACTE. p 433

A - Le principe du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des règlements. p 434

1 - La jurisprudence. p 435

2 - Le fondement du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des règlements. p 439

B - Le caractère en principe temporaire de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires. p 442

1 - Le principe de la recevabilité temporaire. p 443

a - Les manifestations. p 443

- La recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires non définitifs. p 444

- L'irrecevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires définitifs p 451

b - Les fondements. p 454

2 - Les dérogations au principe de la recevabilité temporaire. p 458

a - Le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité dans le contentieux de la responsabilité. p 460

□ - Exposé de la jurisprudence. p 460

□ - Les fondements de cette jurisprudence. p 465

b - La prolongation du délai de contestation indirecte de la légalité en matière de recours pour excès de pouvoir. p 472

□ - La notion d'opération complexe. p 473

□ - Illustration jurisprudentielle. p 482

§ 2 - LE DÉPASSEMENT DE LA CONDITION CLASSIQUE : LES EFFETS DE L'ACTE. p 492

A - Critique de la condition classique. p 492

1 - Une *summa divisio* incertaine. p 493

2 - Une dérogation approximative. p 495

a - L'opération complexe, notion fonctionnelle. p 496

b - L'opération complexe, notion mal fondée. p 499

3 - Des fondements inadaptés. p 501

a - Le révélateur : les actes particuliers. p 501

b - La révélation : l'inanité du caractère permanent de l'acte
comme fondement de la recevabilité. p 505

B - Le critère proposé : les effets de l'acte. p 507

1 - Le critère des droits acquis. p 508

2 - Les conséquences de ce critère. p 518

a- L'exception d'illégalité des actes non créateurs de droits
serait perpétuelle. p 519

- L'exception d'illégalité des règlements resterait
perpétuelle. p 519

- L'exception d'illégalité des actes non réglementaires non créateurs de
droits deviendrait perpétuelle. p 522

b - L'exception d'illégalité des actes créateurs de droits
serait temporaire. p 526

**CHAPITRE TROISIÈME - L'EXAMEN AU FOND DE
L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ.** p 532

SECTION I - LES MOYENS DE LÉGALITÉ CLASSIQUES. p 533

§ 1 - LES MOYENS ORDINAIRES. p 535

A - Les vices de légalité externe. p 536

B - Les vices de légalité interne. p 538

§ 2 - LE PROBLÈME DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC. A p 541

A - La mise en oeuvre des moyens d'ordre public. p 541

1 - Devant le juge de l'action. p 542

a - Devant le juge administratif. p 542

b - Devant le juge judiciaire. p 543

□- devant le juge répressif. p 543

□- devant le juge non répressif. p 544

2 - devant le juge de l'exception. p 546

B - Les moyens d'ordre public.	p 549
SECTION II - LE MOYEN PARTICULIER : LE CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES.	p 550
§ 1 - LA SPÉCIFICITÉ RELATIVE DU MOYEN.	p 551
A - Le moyen dans le cadre des recours par voie d'action.	p 552
<u>1 - Le recours pour excès de pouvoir.</u>	p 552
<u>2 - Le recours de plein contentieux.</u>	p 553
B - Le moyen dans le cadre de l'exception d'illégalité.	p 553
<u>1 - Le contentieux de l'abrogation.</u>	p 554
<u>2 - Les exceptions d'illégalité traditionnelles.</u>	p 556
§ 2 - LA MISE EN OEUVRE DU MOYEN.	p 558
A - Les actes susceptibles de devenir illégaux par suite d'un changement de circonstances.	p 558
<u>1 - Les règlements.</u>	p 559
<u>2 - Les actes non réglementaires.</u>	p 562

B - Le changement de circonstances.	p 561
<u>1 - Le changement dans les circonstances de fait.</u>	p 561
<u>2 - Le changement dans les circonstances de droit.</u>	p 562

TROISIÈME PARTIE - LA PORTÉE DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ.

p 566

CHAPITRE PREMIER - LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ SUR L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE.

p 571

SECTION I - LES EFFETS SUR L'ACTE DÉCLARÉ ILLÉGAL.

p 578

§ 1 - LA NON DISPARITION DE L'ACTE.

p 578

A - La disparition n'est pas demandée.

p 579

B - La disparition ne peut être demandée.

p 582

1 - L'incompétence probable du juge de l'exception pour annuler l'acte.

p 582

<u>2 - L'expiration probable du délai du recours contre l'acte.</u>	p 585

§ 2 - L'INAPPLICABILITÉ DE L'ACTE AU LITIGE.	p 593

A - L'inapplication de l'acte au litige, seul but de l'exception d'illégalité.	p 593

<u>1 - L'exception d'illégalité soulevée par le demandeur.</u>	p 594

a - Présence d'un lien d'application.	p 594

b - Présence d'un lien de consubstantialité.	p 594

<u>2 - L'exception d'illégalité soulevée par le défendeur.</u>	p 596

a - Présence d'un lien d'application.	p 596

b - Présence d'un lien de consubstantialité.	p 597

B - L'inapplicabilité de l'acte au litige, seule conséquence de la déclaration d'illégalité.	p 598

<u>1 - Le fondement.</u>	p 599

<u>2 - L'illustration.</u>	p 601

SECTION II - LES EFFETS SUR LE DROIT Désormais applicable.

p 605

§ 1 - LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ NE FAIT PAS REVIVRE LE DROIT ABROGÉ.	p 606

A - Le principe.	p 606
<u>1 - Le fondement du principe.</u>	p 606
<u>2 - Le caractère incontestable du principe.</u>	p 609
a - L'insuffisante invocation de la disparition de l'effet abrogatif.	p 609
b - L'insuffisante invocation de l'applicabilité d'une seule norme.	p 611
B - La portée du principe : l'applicabilité du droit non abrogé	p 613
<u>1 - L'acte déclaré illégal n'a pu abroger le droit antérieur.</u>	p 614
a - La jurisprudence.	p 614
b - Le fondement : l'inexistence de l'acte.	p 619
<u>2 - L'acte déclaré illégal n'a rien abrogé.</u>	p 624
a - Le cas de la dérogation à une norme générale.	p 625
b - Le cas du complément d'une norme supplétive.	p 628
C - Les exceptions.	p 634
<u>1 - L'exception législative.</u>	p 635
<u>2 - Les exceptions jurisprudentielles.</u>	p 639
a - Une jurisprudence contradictoire.	p 640
b - Une jurisprudence isolée.	p 641
§ 2 - SEULE L'ADMINISTRATION FAIT REVIVRE LE DROIT ABROGÉ.	p 646

A - Les pouvoirs d'abrogation de l'administration.	p 646
<u>1 - L'abrogation interdite.</u>	p 646
<u>2 - L'abrogation facultative.</u>	p 647
<u>3 - L'abrogation obligatoire.</u>	p 648
 B - La déclaration d'illégalité est sans incidence sur les pouvoirs de l'administration.	p 650
 <u>1 - Le cas des actes non créateurs de droits.</u>	p 651
<u>2 - Le cas des actes créateurs de droits.</u>	p 653
 CHAPITRE SECOND - L'AUTORITÉ DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ.	p 657
 SECTION I - LES SOLUTIONS ACTUELLES.	p 660
 § 1 - DEUX PRINCIPES DE SOLUTION CONTRADICTOIRES.	p 660
 A - Prononcée à l'occasion d'un recours incident, la déclaration d'illégalité ne peut avoir qu'une autorité relative.	p 660
 <u>1 - L'exception d'illégalité, irréductible à un recours par voie d'action.</u>	p 661
<u>2 - L'exception d'illégalité, contestation indirecte.</u>	p 664

a - Une contestation indirecte.	p 664
b - Une inapplication en l'espèce.	p 668
B - Régplant une question de droit objectif, la déclaration d'illégalité devrait avoir une autorité absolue.	p 670
<u>1 - Le principe de légalité et l'unité du droit.</u>	p 670
<u>2 - Une autorité absolue doit s'attacher à la première déclaration d'illégalité d'un acte administratif.</u>	p 673
§ 2 - DES SOLUTIONS CONTRADICTOIRES.	p 675
A - Les progrès de l'autorité absolue.	p 676
<u>1 - Les progrès jurisprudentiels.</u>	p 676
a - Devant le juge répressif.	p 676
b - Devant le juge non-répressif.	p 680
c - Devant le juge communautaire.	p 684
<u>2 - Les progrès textuels.</u>	p 686
B - La persistance de l'autorité relative de la déclaration d'illégalité.	p 689
<u>1 - L'autorité relative, principe devant le juge administratif.</u>	p 689
<u>2 - L'autorité relative, résiduelle devant le juge judiciaire.</u>	p 694

SECTION II - LE DÉPASSEMENT DES SOLUTIONS ACTUELLES.	p 696
 § 1 - L'INOPPORTUNE AUTORITÉ RELATIVE.	p 697
 A - Une contrainte pour les requérants.	p 698
 1 - <u>L'obligation de soulever systématiquement l'exception d'illégalité.</u>	p 698
 2 - <u>Une contrainte inévitable.</u>	p 699
 B - Des conséquences ambivalentes.	p 701
 1 - <u>Une source de complications inutiles.</u>	p 703
 2 - <u>Une source de contradictions.</u>	p 706
 § 2 - L'IRRÉALISABLE AUTORITÉ ABSOLUE.	p 712
 A - Une logique dangereuse.	p 713
 1 - <u>Un bouleversement des compétences.</u>	p 713
 2 - <u>Un danger pris en compte.</u>	p 716
 B - L'autorité absolue, insusceptible d'aménagement.	p 719

§ 3 - L'ADOPTION D'UNE VOIE MOYENNE.	p 722
A - L'octroi de l'autorité absolue aux déclarations d'illégalité émanant des seules juridictions administratives.	p 722
B - L'octroi de l'autorité absolue aux déclarations d'illégalité prononcées par le juge administratif compétent pour annuler l'acte.	p 725
CONCLUSION GÉNÉRALE.	p 728
BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE.	p 738
INDEX ALPHABÉTIQUE.	p 767
TABLE DES MATIÈRES.	p 788