

L'INTÉGRATION DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE À LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

PAR

Benoît MERCUZOT

Maître de Conférences à l'Université de Picardie Jules Verne

Tandis que le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel permettait d'envisager dès le début des années quatre-vingts, la "constitutionnalisation" des différentes branches du droit¹, ce même phénomène de constitutionnalisation rendait plausible, appliqué au droit administratif, l'hypothèse d'une unification des ordres juridiques du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel. Cette hypothèse, développée par L. Favoreu, se fondait alors sur la simplification de l'ordre juridique issue à la fois de la "neutralisation progressive (par les deux Conseils) des articles 34 et 37 de la Constitution"² et de la "simplification des normes de référence"³. Estimant que "cette simplification (allait) favoriser l'unification de l'ordre juridique essentiellement sous l'égide du Conseil Constitutionnel, en collaboration avec le Conseil d'Etat"⁴, l'auteur après avoir précisé qu'il ne formulait ainsi "ni un souhait, ni une volonté prescriptive", ajoutait que "l'unification s'opère(ra)it par l'extension des normes constitutionnelles et leur pénétration dans

1. Sur cette notion, cf. Favoreu (L.), "L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les différentes branches du droit", *Mélanges L. Hamon*, Economica, 1982, p. 235 et s. Pour une vue d'ensemble de la question, Cf. Rousseau (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Coll. Thémis, Montchrestien, 1990, p. 335 et s.

2. Favoreu (L.), "Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ?" in *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 171.

3. *Ibid.*, p. 164.

4. *Ibid.*

*l'ensemble de l'ordre juridique à partir de l'interprétation donnée par le Conseil Constitutionnel et avec le concours du Conseil d'Etat*⁵.

Cette perspective d'unification sera diversement perçue par la doctrine administrative. Si certains auteurs l'ont acceptée⁶, au contraire, dans la quatrième édition de son *Droit administratif général* R. Chapus maintient la thèse selon laquelle l'attachement du Conseil d'Etat à son propre système de normes, attesté par la coexistence des principes généraux du droit et des principes de valeur constitutionnelle, engendre un "dédoublément de l'ordre juridique"⁸ dont "la réalité ... ne doit pas être niée pour le motif qu'il est ou serait anormal"⁹.

Aussi, cette perspective d'unification et les divergences qu'elle engendrait pouvait-elle s'apparenter à une nouvelle expression de "la volonté hégémonique" du droit constitutionnel qui entraînerait des réactions de défense des spécialistes du droit administratif, soucieux de préserver l'autonomie de leur champ d'investigation¹⁰.

Pourtant, cette analyse de l'unification fondée sur l'affrontement du droit constitutionnel et du droit administratif est largement dépassée en 1993. Tandis que l'auteur qui en avait présenté l'hypothèse en 1988 insistait sur la "collaboration" du Conseil d'Etat, les réserves soulevées par R. Chapus se sont progressivement estompées. Si ce dernier maintient dans la cinquième édition de son ouvrage l'ensemble de son raisonnement initial, il l'infléchit toutefois en constatant que "le dédoublément juridique ne se traduit pas par une insurmontable séparation"¹¹.

C'est qu'en effet, les développements jurisprudentiels apparus depuis 1988 sont essentiels : d'une part, ils attestent de la réalité du phénomène d'unification¹² ; d'autre part, ils mettent en valeur le mécanisme essentiel de cette unification. Cette dernière, loin de s'imposer unilatéralement au Conseil d'Etat, ne peut prendre corps que si le juge administratif en accepte la perspective en

5. *Ibid.*, p. 171.

6. Cf. notamment Vedel (G.) et Delvolvé (P.), *Droit administratif*, Coll. Thémis, PUF, 1990, Tome 1. Par ailleurs, la neuvième édition des Grands Arrêts a concrétisé cette unification en intégrant la décision du Conseil Constitutionnel du 23 janvier 1987 "Conseil de la Concurrence" parmi les grands arrêts et en associant le Secrétaire général de la Haute instance aux auteurs de cet ouvrage.

7. Ed. Montchrestien, 1989.

8. *Ibid.*, p. 64, paragraphe 111.

9. *Ibid.*, p. 65, paragraphe 113.

10. Cf. pour une telle analyse, François (B.), "Le juge, le droit et la politique", *RFDC*, 1990, p.60-61.

11. *Op. cit.*, 1992, p. 74, paragraphe 112-3.

12. Cf. les différents articles consacrés à ces développements par L. Favoreu et notamment: "Le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge des conflits: vers une harmonisation de la jurisprudence", *RFDA* 1987, p.264 et s. ; "L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil Constitutionnel par le juge administratif (nouveaux développements)", *RFDA* 1989, p.142 et s.

intégrant à sa jurisprudence les principes de valeur constitutionnelle tels qu'ils sont développés par le Conseil Constitutionnel. Aussi, ces quelques années de jurisprudence administrative donnent-elles toute sa consistance au fait que l'unification ne peut avoir lieu sans la participation du Conseil d'Etat. Plus encore, elles attestent que cette participation est désormais acquise.

L'article 62 de la Constitution peut certes apparaître comme un instrument contraignant dont bénéficient le juge constitutionnel et sa jurisprudence. Cet article, en disant que les "*décisions du Conseil s'imposent ... à toutes les autorités juridictionnelles*" fait nécessairement obligation au Conseil d'Etat - comme à la Cour de Cassation¹³. Pour autant, cet article 62 est insuffisant en lui-même. D'une part, il laisse une marge d'appréciation au Conseil d'Etat pour relever au sein des décisions du Conseil Constitutionnel les éléments qui s'imposent à lui. Et même si la haute instance constitutionnelle a décidé que les motifs qui sont "le soutien nécessaire" du dispositif d'une décision ont force obligatoire, le tout est affaire d'appréciation souveraine opérée par le Conseil d'Etat.

D'autre part, cette appréciation souveraine le révèle, le Conseil Constitutionnel est dépourvu de moyens juridiques lui permettant d'assurer l'effectivité des dispositions de l'article 62 de la Constitution à l'égard principalement des autorités juridictionnelles. Toutes proportions gardées, la valeur des décisions du Conseil Constitutionnel à l'égard des autorités juridictionnelles telle qu'elle est arrêtée par la Constitution, a principalement une force prescriptive, à l'instar de la valeur reconnue à la Constitution avant que ne soit mis en place un contrôle de constitutionnalité des lois.

Aussi, lorsque le Conseil Constitutionnel déclare une disposition de loi conforme "sous réserve", il remet nécessairement cette réserve entre les mains du Conseil d'Etat. Or ce dernier semble désormais accepter sans rechigner les prescriptions de la Haute instance constitutionnelle. La jurisprudence récente atteste que le Conseil d'Etat ne limite pas la prise en compte de la jurisprudence constitutionnelle au cadre limité que lui impose l'article 62 de la Constitution. Saisi d'une requête tendant à l'annulation d'un décret fixant les conditions de représentation du personnel du Museum d'histoire naturelle au sein du Conseil d'administration et du Conseil scientifique de cet établissement, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 29 mai 1992 "Association amicale des professeurs titulaires du Museum d'histoire naturelle", fait une application exacte du principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, consacré par le Conseil Constitutionnel dans sa décision 83-165 DC du 20 janvier 1984.

Bien plus, le Conseil d'Etat annule le décret attaqué en se référant précisément à la décision du Conseil Constitutionnel et en prenant à son compte

13 Sur l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel à l'égard du Conseil d'Etat, cf. Moderne (F.), "Complémentarité et compatibilité", in *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat, op. cit.*, p. 339.

tous les aspects du principe fondamental reconnu par les lois de la République consacré en 1984, tels que les avait explicités la décision 83-165 DC¹⁴. Cet arrêt du 29 mai 1992 illustre l'état d'esprit de la haute instance administrative de deux points de vue.

D'une part, le Conseil d'Etat fait application d'un principe posé par le juge constitutionnel en dehors de tout renvoi opéré par celui-ci. En l'espèce, l'autorité de chose jugée attachée au principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur s'épuisait dans la déclaration de non-conformité opérée par le Conseil Constitutionnel en 1984. Ce principe ne pouvait donc s'imposer au Conseil d'Etat sur ce fondement. D'ailleurs, le décret attaqué en 1992 avait été pris comme le rappelle le Conseil d'Etat sur le fondement d'un article autorisant une procédure dérogatoire à celle prévue par l'article censuré en 1984. Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n'étudie pas expressément l'article de la loi, fondement du décret annulé par le Conseil d'Etat. Cet article bénéficie donc d'une déclaration de conformité au titre de l'article 2 de la décision de 1984 selon lequel "*les autres dispositions de la loi sur l'enseignement supérieur sont déclarées conformes à la Constitution*". Ainsi, c'est en dehors de toute contrainte juridique formelle que le Conseil d'Etat reprend à son compte le principe consacré par la jurisprudence constitutionnelle. On peut toutefois imaginer que la requête dont était saisi le Conseil d'Etat ne manquait pas de relever la non-conformité du décret attaqué au principe de valeur constitutionnelle dégagé en 1984 et qu'ainsi, la Haute instance administrative ne pouvait que très difficilement en refuser l'application.

C'est précisément à ce propos que l'arrêt du 29 mai est d'autre part intéressant. A défaut de pouvoir ignorer ce principe constitutionnel de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, le Conseil d'Etat aurait pu montrer toute sa défiance à l'égard de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en requalifiant de sa propre autorité le principe invoqué et/ ou en refusant d'en tirer toutes les conséquences définies en 1984¹⁵. La netteté du renvoi à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et l'exact emprunt de ses

14. L'arrêt du Conseil d'Etat est ainsi formulé : "Considérant qu'ainsi que l'a énoncé le CC dans sa décision 83-165 DC du 20 janvier 1984, la garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; que cette indépendance suppose que les professeurs aient *une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté scientifique* et qu'elle est incompatible avec l'instauration d'un collège unique pour l'élection desdits conseils..." (Les membres de phrase en italiques sont identiques à ceux de la décision du Conseil Constitutionnel).

15. L'arrêt Compagnie Alitalia du 3 février 1989 est venu rappeler, s'il en était besoin, toutes les ressources dont le Conseil d'Etat peut user pour, tout en appliquant une norme, se la réapproprier formellement. Ainsi, faisant application des dispositions du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers et particulièrement des dispositions de son article relatif à l'abrogation d'un règlement illégal, le CE s'appuie non pas directement sur ce texte mais sur le principe dont il s'inspire. La Haute instance administrative se dégage ainsi du texte d'un décret qui prétendait faire échec à sa jurisprudence. A suivre le raisonnement du CE, on peut considérer que "ne faisant que reprendre un principe préexistant, (les dispositions du décret) étaient inutiles puisqu'elles n'ajoutent rien à l'état du droit antérieur" (GAJA, p.745).

termes montrent bien qu'une telle défiance n'existe plus¹⁶.

La réalité désormais certaine de l'intégration du droit constitutionnel au droit administratif, les différents développements jurisprudentiels qu'elle a engendrés sont suffisamment probants pour tenter d'analyser leurs conséquences sur la situation du juge administratif.

L'intégration constitue en premier lieu un processus en deux étapes. Dans un premier temps, le juge administratif puise dans le droit constitutionnel pour construire sa jurisprudence. Il est le maître d'oeuvre de l'intégration et en contrôle les effets directement perceptibles pour les espèces concernées. Puis, dans un second temps, les éléments de droit constitutionnel intégrés par le juge administratif réagissent sur la fonction de ce dernier: ils aboutissent essentiellement à ce que le juge administratif porte une attention accrue au respect des droits fondamentaux.

Certes cette attention n'est pas nouvelle en elle-même. Historiquement, la compétence du juge administratif étant fondée selon l'arrêt Blanco sur "*la nécessité de concilier les droits de l'Etat et les droits privés*", la jurisprudence n'a cessé de construire en le faisant évoluer cet équilibre nécessaire entre les intérêts publics et les intérêts privés¹⁷. La nouveauté provient schématiquement de ce que l'intégration du droit constitutionnel au droit administratif implique une redéfinition de l'équilibre établi entre les intérêts privés et l'intérêt public.

Or, en second lieu, l'intégration est accompagnée par un mouvement connexe, la constitutionnalisation du statut du juge administratif. Ce mouvement accentue la nécessité mise à jour par l'intégration, d'une redéfinition du rôle du juge administratif sans que ce dernier soit en mesure de peser véritablement sur elle.

L'intégration, du fait de ses caractères propres et du contexte jurisprudentiel dans lequel elle intervient, emporte des conséquences ambiguës sur le contrôle du juge administratif: elle le consolide (I) tout autant qu'elle l'encadre (II).

I - L'INTÉGRATION, CONSOLIDATION DU CONTROLE OPÉRÉ PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Le malaise qui, dès la fin des années soixante-dix, semble avoir saisi la

16. Pour un autre exemple d'une référence explicite du Conseil d'Etat à une décision du Conseil Constitutionnel, Cf. Conseil d'Etat, 19 janvier 1990, Association "La télé est à nous", *Revue de Recherche Juridique*, 1991, p. 895, note A. Boyer.

17. La Jurisprudence administrative peut ainsi être considérée comme créatrice d'un droit libéral. En ce sens, Cf. Lochak (D.), *La justice administrative*, Clefs, Montchrestien, 1992, p. 114 et s.

juridiction administrative et le droit administratif dans son ensemble¹⁸, a entraîné de la part du Conseil d'Etat une série de réactions visant à affirmer son autorité et son indépendance¹⁹.

Ces réactions ont été facilitées par l'intégration du droit constitutionnel à la jurisprudence administrative. En effet, cette intégration a permis au juge administratif de clarifier sa situation par rapport au juge constitutionnel dont la montée en puissance pouvait apparaître comme indirectement concurrentielle au contrôle opéré par le Conseil d'Etat. Bénéficiant de la complémentarité des deux contrôles (A), le Conseil d'Etat a pu s'appuyer sur une "habilitation constitutionnelle" pour repousser les limites de son contrôle (B).

A) La complémentarité volontaire des contrôles des juges constitutionnel et administratif

Bien avant que le contrôle de constitutionnalité ait pris toute son envergure, étaient apparus les risques de confrontation entre les deux Conseils. Concrétisé à propos de la valeur du principe selon lequel "le silence de l'administration vaut rejet", le conflit s'est porté ensuite sur la compétence reconnue à la loi ou au règlement pour créer des contraventions punies d'une peine privative de liberté²⁰. Peu de temps après, la volonté du Conseil Constitutionnel de ne pas s'engager dans le contrôle de la conformité des lois aux traités lorsqu'il agit dans le cadre de l'article 61 de la Constitution et la persévérance du Conseil d'Etat à maintenir sa "jurisprudence des semoules" sont venus mettre en évidence la difficulté éprouvée par les deux instances pour mettre en harmonie leurs jurisprudences respectives.

Du même coup, cette situation de désaccords ponctuels a pu jeter un voile sur les convergences nombreuses des jurisprudences des deux Conseils²¹. Il faudra en réalité attendre le revirement opéré par l'arrêt *Nicolo* pour que ce voile soit définitivement levé. Les développements jurisprudentiels tant constitutionnels qu'administratifs intervenus depuis mettent en valeur la complémentarité des contrôles (1) qui laisse au Conseil d'Etat une réelle liberté

18. Sur la réalité de ce malaise prenant la forme d'un "déclin du pouvoir jurisprudentiel", Cf. le constat identique formulé à partir de deux analyses divergentes : Linotte (D.), "Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif", *AJDA* 1980, p.632 et s.; Rials (S.), "Sur une distinction contestable et un trop réel déclin", *AJDA* 1981, p.115 et s.

19. Sur cette réaction du juge administratif, Cf. Lochak (D.), "Quelle légitimité pour le juge administratif ?", in *Droit et politique*, CURAPP, PUF, 1993, p.141 et s.

20. Pour une vue d'ensemble de ces divergences dont la réalité a par ailleurs été contestée, Cf. les développements consacrés à la décision du 26 juin 1969 "Protection des sites" in Favoreu (L.) et Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*.

21. C'est d'abord l'emprunt par le Conseil Constitutionnel de nombreuses techniques juridictionnelles développées par le Conseil d'Etat. C'est ensuite les interprétations convergentes rendues sur la qualification du principe de liberté d'association puis sur la teneur de principes tels les droits de la défense, le principe d'égalité ou encore le droit de grève.

d'appréciation (2).

1) *Une complémentarité mise en valeur par les deux juges.*

Mise en avant par les deux juges, la complémentarité des contrôles prend toute son ampleur. Le Conseil Constitutionnel s'appuie sur le contrôle du Conseil d'Etat et inversement, ce dernier s'emploie à donner toute leur consistance aux principes formulés par le Conseil Constitutionnel.

Cette attitude du Conseil d'Etat prend toute sa signification dans le cadre du respect de l'article 62 de la Constitution. Bien que ce dernier ne représente qu'une contrainte dont le Conseil d'Etat pourrait aisément s'émanciper²², la Haute instance lui donne au contraire toute son effectivité en prenant en compte les réserves d'interprétation formulées par le Conseil Constitutionnel même lorsque leur formulation n'est qu'implicite.

Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il été amené à vérifier la légalité d'un décret de nomination pris sur le fondement d'un décret d'application d'un article de la loi de 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique²³. Cet article avait été déclaré conforme à la Constitution au motif que "*s'il réserve au gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination d'inspecteurs généraux ... au tour extérieur, il ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration (de 1789) ...*"²⁴.

Formulée de la sorte, la réserve émise par le Conseil Constitutionnel n'est qu'implicite et d'ailleurs elle n'est pas reprise dans le dispositif de la décision. Le Conseil d'Etat aurait donc pu l'ignorer. Et pourtant, la Haute instance suit pleinement les conclusions de son commissaire du gouvernement selon lesquelles le Conseil Constitutionnel a "*clairement renvoyé à un contrôle des nominations qui ne peut être que (celui du Conseil d'Etat)*". Et le commissaire du gouvernement de poursuivre : "*en l'espèce, nous sommes enclins à penser que, conformément à l'article 62 de la Constitution, vous devez tenir compte des réserves interprétatives du Conseil sur la loi que vous avez à appliquer*"²⁵.

Cette espèce, par la particularité de la réserve émise par le Conseil Constitutionnel est significative de l'adhésion du Conseil d'Etat à ce phénomène de complémentarité des contrôles.

Le Conseil Constitutionnel n'est par ailleurs pas en reste dans cette logique. Alors qu'il a toujours pris soin, malgré les requêtes dont il était saisi,

22. Sur ce point, Cf. *supra*.

23. Conseil d'Etat, Ass., 16 décembre 1988, M. Bléton et autres C. M. Sarazin, Concl. Vigouroux, *RFDA* 1989, p. 531-532.

24. Décision 84-179 DC du 12 septembre 1984, "Limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public", *JO* du 14, p. 2908 et s.

25. *RFDA* 1989, p. 523.

à ne jamais employer le terme de “principe général du droit” pour qualifier les principes au vu desquels il contrôle la conformité des lois, il a mentionné ces fameux principes dans trois décisions, non pas pour statuer sur leur respect mais pour rappeler qu’en tout état de cause, ceux-ci vont s’imposer lors de l’application de la loi contrôlée²⁶.

Ainsi, pour constater la conformité de la disposition législative conférant un pouvoir de sanction au Conseil Supérieur de l’Audiovisuel, le Conseil Constitutionnel procède à une étude exhaustive des garanties encadrant l’exercice de ce pouvoir²⁷. Puis la Haute instance mentionne qu’*“il convient de relever également que toute décision infligeant une sanction peut faire l’objet devant le Conseil d’Etat d’un recours de pleine juridiction ; (...) que le droit de recours étant réservé à la personne sanctionnée, son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation”*²⁸. Par cette décision et par le raisonnement qu’il y tient, le Conseil Constitutionnel fait en réalité bien plus que souligner la complémentarité de son contrôle et de celui opéré par le juge administratif. La Haute instance indique également que le recours aux principes généraux du droit offre une garantie nécessaire. Il en résulte bien pour le Conseil d’Etat une invitation à appliquer pleinement ces principes généraux du droit et du même coup, une reconnaissance pleine et entière de sa technique jurisprudentielle. Le Conseil d’Etat dispose de ce fait d’une véritable autonomie pour mettre en oeuvre la complémentarité de son contrôle avec celui opéré par le Conseil Constitutionnel.

2) La liberté d’appréciation du Conseil d’Etat.

Cette liberté d’appréciation résulte de ce que la complémentarité des contrôles autorise une sorte de répartition des tâches entre le Conseil Constitutionnel et le Conseil d’Etat. Si celle-ci impose certaines obligations au Conseil d’Etat, notamment dans la mise en oeuvre des principes généraux du droit, elle lui permet de retrouver un degré de compétence indiscuté à l’intérieur duquel il agit librement.

La logique de complémentarité implique nécessairement que le Conseil d’Etat renonce à statuer sur le fondement de principes généraux du droit lorsque ceux-ci recouvrent des principes explicitement consacrés soit par les textes constitutionnels eux-mêmes, soit par la jurisprudence constitutionnelle. Cette voie sur laquelle le Conseil d’Etat s’est engagé depuis 1988 semble désormais tracée²⁹. L’analyse des arrêts de la juridiction administrative répertoriés au recueil Lebon atteste de ce phénomène. Le rattachement explicite du prin-

26. Il s’agit des décisions 88-248 DC “Conseil Supérieur de l’Audiovisuel” du 17 janvier 1989 (considérant 30), 90-287 DC “Santé publique et assurances sociales” du 16 janvier 1991 (considérant 28) et 91-167 L du 19 décembre 1991 (considérant 2).

27. Décision 88-248 DC, JO du 18 janvier 1989, p. 754 et s.

28. *Ibid.*, p.757.

29. Cf. sur ce point, Chapus (R.), *op.cit.*, paragraphe 110 et s.

cipe d'égalité à un texte de valeur constitutionnelle semble sinon se généraliser, du moins devenir banal. Formulé dans trois arrêts de 1989 et 1990 par le Conseil d'Etat³⁰, un tel rattachement est repris par les tribunaux administratifs³¹. Dans les autres arrêts répertoriés, si la juridiction administrative se contente de mentionner le "principe" sans en préciser l'origine elle ne qualifie jamais le principe d'égalité de "principe général du droit"³². Dès lors, à défaut d'un arrêt lui apportant un démenti formel, la tendance apparue en 1988 est bien réelle³³. Aussi important que ce renoncement puisse apparaître, il ne fait en réalité que consacrer un mouvement déjà largement amorcé et il contribue à une meilleure définition du degré de compétence du juge administratif dans la hiérarchie des normes.

En effet, et sans qu'il soit besoin de revenir sur les conditions historiques de l'élaboration des principes généraux du droit, il semble attesté que si le Conseil d'Etat a privilégié le mécanisme des principes généraux du droit plutôt que le visa formel de dispositions de la Déclaration de 1789 ou du préambule de la Constitution de 1946, c'est plus à défaut d'une valeur juridique attestée de ces textes que par défiance à leur égard. D'ailleurs, à deux reprises, le Conseil d'Etat a écarté le recours à ces principes pour lui préférer un renvoi précis aux dispositions du préambule de 1946³⁴. A partir du moment où ce texte, ainsi que la Déclaration de 1789, reçut une valeur constitutionnelle explicite, le recours aux principes généraux du droit pour dégager des principes recouvrant ceux consacrés en 1789 et 1946 perd sa justification.

Du reste, et le constat n'est pas nouveau, les principes généraux du droit désormais consacrés par la Haute instance administrative "*ne se situent pas*

30. Concernant l'égalité des hommes et des femmes, il s'agit des arrêts "Fédération des synd. gén. de l'éd. nat." du 26 juin 1989 (Rec. p. 152), et "Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Buret" du 7 décembre 1990 (Rec. p. 556) qui renvoient tous deux aux dispositions du Préambule de 1946. Concernant l'égalité d'accès aux emplois publics, il s'agit de l'arrêt d'Assemblée du 21 décembre 1990 "Amicale des anciens élèves de l'École Normale Supérieure de St-Cloud et autres" qui constate la méconnaissance du principe du "principe ... proclamé par l'article 6 de la déclaration ... du 27 août 1789" (Rec. p. 378).

31. Ainsi, le TA de Papeete, dans son arrêt du 6 février 1990 "Mme Dufour" constate le non-respect du "principe constitutionnel de l'égalité des droits accordés aux hommes et aux femmes" (Rec. p. 557).

32. C'est le cas notamment des arrêts suivants: CE 14 février 1990, "Fédération syndicale F.O. de la défense, de l'industrie de l'armement et secteurs assimilés", p. 556 (égal accès aux emplois publics); TA Paris, 22 mai 1990 "Barzelly et autres", p. 556 (rupture de l'égalité entre les candidats); CE 22 mai 1991 "Bigot c/ Conseil national de l'ordre des architectes", p. 678 (Principe d'égalité devant les charges publiques); CAA Lyon 22 janvier 1991, "CHRU c/ Mme Rowinsky", p. 678 (principe d'égalité de traitement entre agents); TA Marseille 15 février 1991 "Epoux Rocca", p. 620 (principe d'égalité entre les agents du Service Public).

33. La liberté traditionnelle dont a toujours usé le Conseil d'Etat pour qualifier les principes qu'il met en œuvre (Sur cette "dénomination variable" du principe d'égalité devant la loi dans la jurisprudence administrative, Cf. Chapus (R.), *op. cit.*, paragraphe 100) interdit de tirer toute conclusion des arrêts qui ne précisent pas la nature du principe mis en œuvre.

34. Il s'agit des arrêts "Amicale des Annamites de Paris" du 11 juillet 1956 et "Condamine" du 16 avril 1957. Sur ce point, Cf. Favoreu (L.) et Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 5ème éd., 1989, p. 239-240.

au même degré de généralité que ceux de la première génération³⁵. On ne peut qu'être tenté de voir une relation de cause à effet entre la perte de justification des principes généraux du droit recouvrant des principes à valeur constitutionnelle et la consécration par le juge administratif de nouveaux principes qui, tout bien pesé, sont plus "fondamentaux" que "généraux".

L'abandon de la référence aux principes généraux du droit de "la première génération", pour symbolique qu'il puisse être, n'a que très peu d'impact dès lors que sur le fond, il n'implique pas de revirements jurisprudentiels. Bien au contraire, cet abandon permet d'identifier clairement la place et le rôle du juge administratif en ôtant toute justification au débat relatif à la valeur des principes généraux du droit. Donnant définitivement raison à l'analyse de R. Chapus selon laquelle la valeur des principes généraux du droit ne peut qu'être par nature "infra législative et supra décrétable", ces mêmes principes, débarrassés de toute équivoque vont pouvoir s'appliquer pleinement à ce niveau de compétence qui est le leur.

Or, il faut constater que dans sa sphère de compétence, le Conseil d'Etat reste maître de sa jurisprudence. Ainsi, dans son arrêt "Bléton", déjà cité, le Conseil d'Etat constate que l'article 6 de la Déclaration de 1789 s'imposait à l'exécutif pour la nomination au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle. Puis il a de sa propre autorité interprété les conséquences qu'il convenait d'attacher à l'application du principe d'égalité. C'est souverainement qu'il a choisi, suivant ainsi le commissaire du gouvernement, de vérifier le respect de ce principe en utilisant pour cela le contrôle restreint avec recherche de l'erreur manifeste définie par une "*conception réaliste (du) rapport entre les caractères propres du corps d'accueil et les aptitudes de la personnalité nommée*"³⁶. Toutes les nuances contenues dans les conclusions de l'arrêt montrent aisément que dans ce cadre du contrôle du respect de l'article 6 de la déclaration de 1789, le Conseil d'Etat est resté entièrement maître de son action et de l'intensité qu'il entendait conférer à son contrôle.

Dans cette espèce, du reste, la liberté avec laquelle le Conseil d'Etat s'est engagé dans cette "conception réaliste" l'a conduit à accroître la portée du contrôle dont font l'objet des emplois pourvus au tour extérieur et, en l'espèce, à annuler un décret revêtu notamment de la signature du Président de la République. Il ne fait aucun doute que la réserve formulée par le Conseil Constitutionnel en 1984 a pour le moins facilité la tâche du Conseil d'Etat. Elle constituait en réalité une sorte d'invitation adressée à la Haute instance administrative, à donner tout son sens le jour venu au respect de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Fort de cette "habilitation", la liberté du Conseil d'Etat à l'égard de cet acte de l'exécutif s'en est trouvée accrue.

35. Linotte (D.), *art. cit.*, p. 639.

36. Concl. Vigouroux, *RFDA* 1989, p. 526.

B) L' "habilitation constitutionnelle" du Conseil d'Etat.

La notion d'habilitation constitutionnelle sur laquelle le Conseil d'Etat peut s'appuyer pour développer son contrôle, est apparue à propos de l'article 55 de la Constitution. Selon la conception reprise par les conclusions de l'arrêt Nicolò, cet article "a pour seul objet de définir une hiérarchie des normes... (Les juges) se voient ainsi confier pour mission d'écarter les lois contraires aux traités et disposent pour ce faire d'une véritable habilitation constitutionnelle qui, pour n'être qu'implicite, ne ... paraît pas moins contenue dans le texte"³⁷. Se rendant à cette interprétation de l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'Etat a du même coup accepté de combler le "vide juridictionnel" qui résultait de la combinaison de la jurisprudence "IVG" et de celle dite "des semoules".

Cette théorie de l'habilitation constitutionnelle a pu en réalité s'étendre à beaucoup d'autres principes constitutionnels que celui de la supériorité des traités sur les lois car elle a mis au jour la nécessité de la complémentarité des différents contrôles. Là où le Conseil Constitutionnel ne peut (ou refuse de) porter son contrôle, il appartient aux autres juges, donc au Conseil d'Etat, de faire prévaloir la norme constitutionnelle telle qu'elle résulte directement ou non de l'interprétation du Conseil Constitutionnel. Mais bien plus, cette théorie et sa première application relative à l'article 55 de la Constitution a montré toute l'audace qu'elle pouvait apporter au juge administratif. Ainsi, ce dernier s'est reconnu compétent pour écarter l'application d'une loi contraire à un traité. Cette compétence nouvelle a permis au Conseil d'Etat de se libérer de la prudence avec laquelle il traitait jusqu'alors la norme législative. La réaction de certains parlementaires, excédés par les développements de la jurisprudence Nicolò, illustre d'ailleurs toute la force dont bénéficie le contrôle du juge administratif. Une proposition de loi constitutionnelle a en effet été déposée qui, sans modifier le principe posé par l'article 55 de la Constitution, en écarterait toutefois l'application à l'égard des lois postérieures aux traités³⁸. La forme de cette proposition est au moins aussi intéressante que son contenu. Elle montre en effet que, fondée sur une interprétation de la Constitution, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne peut être combattue que par une modification de la Constitution, ce qui la rend d'autant plus incontournable. Ce fondement constitutionnel autorise le Conseil d'Etat à se montrer d'autant plus audacieux que les avancées de son contrôle ne pourront être utilement contestées, sauf l'hypothèse hautement improbable d'une révision constitutionnelle.

Tous ces éléments plaident en faveur d'une extension de la théorie de l'habilitation constitutionnelle. Cette extension, déjà en marche (1) pourrait accroître sensiblement les pouvoirs du Conseil d'Etat (2).

37 Conclusions Frydman, *RFDA* 1989, p. 817.

38. Proposition de loi constitutionnelle présentée par MM. Mazeaud et Debré, *RFDA* 1991, p. 177 et s.

1) *Une extension déjà acquise.*

Dans les développements récents de la jurisprudence administrative qui marquent une intensité accrue du contrôle opéré par le juge, la grande majorité des espèces est fondée tacitement sur cette habilitation implicite posée par la Constitution telle qu'elle est interprétée par le Conseil Constitutionnel. Deux exemples permettent d'illustrer ce mécanisme.

C'est d'abord la compétence que se reconnaît le juge administratif depuis l'arrêt GISTI du 29 juin 1990 pour interpréter les dispositions d'un traité sans recourir au Ministre des affaires étrangères. Si dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement ne mentionne pas expressément la jurisprudence constitutionnelle, il justifie toutefois le revirement jurisprudentiel notamment par "*l'indépendance constitutionnelle de la juridiction administrative*"³⁹. En effet, l'interprétation ministérielle qui, dans l'état antérieur de la jurisprudence avait la particularité de lier le juge administratif et donc de déterminer la solution du litige, privait le juge de l'essentiel de son pouvoir de décision. Une telle situation, "*guère compatible avec l'existence et l'indépendance constitutionnelles de la juridiction administrative consacrées par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*"⁴⁰, n'a pu qu'encourager le Conseil d'Etat à suivre le raisonnement du commissaire du gouvernement. Aussi, pour n'être pas le fondement exclusif de ce "revirement-évolution"⁴¹ de la jurisprudence administrative, la jurisprudence constitutionnelle en a sans doute été un élément déterminant.

Un second exemple des effets de la jurisprudence constitutionnelle dans laquelle le Conseil d'Etat trouve une habilitation implicite à exercer son contrôle, provient de l'arrêt "Les Verts" du 30 novembre 1990. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat accepte le principe du contrôle de la conformité du découpage des circonscriptions électorales cantonales au principe d'égalité devant le suffrage. La Haute instance, suivant en cela le commissaire du gouvernement, a ainsi mis fin à une jurisprudence très peu contraignante pour le gouvernement. Cette inflexion sensible de la jurisprudence administrative est fondée, selon les termes du commissaire du gouvernement, sur "la portée très stricte" et "la vigilance du Conseil Constitutionnel" à assurer le respect de l'égalité de suffrage, principe qui "*paraît logiquement devoir être transposé aux assemblées des autres collectivités locales, surtout alors que les récentes lois de décentralisation ont fortement renforcé leurs pouvoirs*"⁴².

Il est clair ainsi, sans vouloir multiplier les exemples, que le Conseil d'Etat a d'ores et déjà trouvé dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel des éléments sur lesquels il a fondé une extension de son propre contrôle. Si jusqu'à présent, les développements ainsi obtenus n'ont pas bouleversé

39. Concl. Abraham, *AJDA* 1990, p. 627.

40. note J.F. Lachaume, *RFDA* 1990, p. 931.

41. *Ibid.*

42. Concl. Pochard, *RFDA* 1991, p. 573.

l'action administrative, les développements probables pourraient être beaucoup plus retentissants.

2) *L'accroissement potentiel des pouvoirs du Conseil d'Etat.*

Déjà appliquée au législateur et au Gouvernement, cette habilitation fondée sur un principe de valeur constitutionnelle va permettre au juge administratif d'opérer un contrôle de plus en plus poussé de la liberté d'appréciation de l'administration, que ce soit par le biais probable du sursis à exécution ou celui avéré du découpage des circonscriptions cantonales.

L'administration continue à disposer d'un statut relativement privilégié au regard du juge administratif en raison de l'attention particulière que celui-ci porte au privilège du préalable. Traditionnellement, le Conseil d'Etat ne fait qu'un *"usage limité de la possibilité qui lui est accordé, d'ordonner le sursis à exécution d'une décision"*⁴³. Cette attitude réservée s'explique sans doute par le risque de paralysie de l'action administrative que pourrait entraîner un sursis à exécution facilement accessible et encourageant les recours dilatoires.

Pourtant, la jurisprudence administrative a déjà connu une inflexion dans l'arrêt du 29 juin 1990 "Engin", par lequel le Conseil d'Etat a accepté de prononcer le sursis à exécution d'une décision de reconduite à la frontière. Dans ses conclusions sur cette espèce, le commissaire de gouvernement a pris soin de mentionner la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui *"voit dans la procédure du sursis à exécution, lorsque sont en cause des décisions individuelles défavorables d'une particulière gravité, une règle de valeur supralégislative"*⁴⁴. Puis, constatant la prudence beaucoup plus grande du Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement se livre à une analyse minutieuse des textes applicables au terme de laquelle il constate qu'*"aucune disposition n'exclut explicitement le sursis à exécution en appel"* et que rien ne permet de penser que *"la volonté du législateur (était) d'écarter la possibilité pour le juge d'ordonner le sursis"*⁴⁵. Aussi, les conclusions, suivies par le Conseil d'Etat aboutissent-elles à reconnaître la recevabilité de la demande de sursis à exécution et s'achèvent sur cette affirmation: *"en définitive, nous ne voyons aucune raison de priver les justiciables de la garantie fondamentale constituée par le sursis à exécution, et ceci d'autant plus qu'il s'agit d'une matière touchant aux libertés individuelles"*⁴⁶. Bien que la jurisprudence constitutionnelle ne soit plus ici visée explicitement, les conclusions et l'arrêt du Conseil d'Etat forment un raisonnement très proche de celui du Conseil Constitutionnel.

Cette inflexion pourrait connaître des prolongements du fait de l'attachement clairement réaffirmé de la Haute instance constitutionnelle au sursis à

43. *GAJA*, p. 334.

44. *Concl. de La Verpillière, RFDA 1991*, p. 545.

45. *Ibid.*, p. 546.

46. *Ibid.*, p. 547.

exécution, "garantie essentielle des droits de la défense"⁴⁷. Si tel était le cas, le juge administratif se verrait en position d'ôter, au cas par cas, une grande partie de son effectivité à l'action administrative. En effet, le juge constitutionnel, pas plus que le Conseil d'Etat ne sont prêts à entraver l'action administrative en ôtant toute portée au privilège du préalable. Aussi, l'évolution prévisible de la jurisprudence constitutionnelle visera non pas à amorcer un déclin de l'action administrative mais plutôt à soumettre l'effectivité de certains actes administratifs, mesures de police et sanctions administratives, à l'appréciation du juge administratif. Ce dernier serait ainsi placé sur un terrain particulièrement délicat où il a très largement refusé de s'aventurer jusqu'à présent. Mais l'habilitation constitutionnelle dont il pourrait se prévaloir, la valeur constitutionnelle du sursis à exécution, lui donnerait l'autorité nécessaire pour imposer ses décisions à l'administration.

C'est un phénomène comparable, relatif cette fois au contrôle du découpage des circonscriptions cantonales, qu'a amorcé l'arrêt précité "les Verts" du 30 novembre 1990. Après avoir admis le principe d'un tel contrôle, le Conseil d'Etat n'a pas eu à le mettre en oeuvre en raison des faits de l'espèce. Pourtant, les conclusions du commissaire du gouvernement n'ignorent pas cet aspect de la question et les difficultés qu'il pourrait engendrer. Aussi, après avoir proposé la solution qui sera finalement retenue, le commissaire du gouvernement poursuit: "*nous pensons souhaitable, de façon à éclairer aussi complètement que possible la portée de la décision que vous prendrez, d'examiner ce que pourra être ce contrôle (des circonscriptions cantonales)*"⁴⁸. Il examine alors les modalités de ce contrôle dont la spécificité est de devoir garantir l'égalité de suffrage, définissable par un rapport arithmétique, tout en laissant à l'autorité d'édition une marge d'appréciation. Pour ce faire, les conclusions développent tous les choix ouverts au Conseil d'Etat en les éclairant par l'expérience acquise en la matière par le Conseil Constitutionnel. Cette référence à la jurisprudence de la Haute instance constitutionnelle, dans une matière aussi difficile pour un juge que le contrôle du découpage de circonscriptions électorales, est symptomatique de la situation nouvelle qui caractérise le Conseil d'Etat.

Fort d'une habilitation constitutionnelle, en l'espèce l'attention très stricte portée par le Conseil Constitutionnel au respect du principe de l'égalité de suffrage, il peut envisager de porter son contrôle sur des domaines nouveaux mêmes difficiles. Mais ce faisant, il doit adhérer à une logique nouvelle seule capable d'assurer son indépendance et son autorité sur les champs nouveaux ouverts à son contrôle. Cette logique nouvelle, concrétisée par l'emprunt probable que fera le Conseil d'Etat à la politique jurisprudentielle du Conseil Constitutionnel en matière du contrôle du découpage des circonscriptions électorales, apparaît fort contraignante.

47. Déc. 86-224 DC du 23 janvier 1987. Sur cet attachement, Cf. Tsiklitis (S.), "le statut constitutionnel du sursis à exécution", *RDJ* 1992, p. 679 et s.

48. Concl. Pochard, *RFDA* 1991, p. 577.

II - L'INTÉGRATION, ENCADREMENT DU CONTROLE OPÉRÉ PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Après avoir été intégrés par le juge administratif, les éléments de jurisprudence constitutionnelle réagissent sur sa situation. Ils intègrent à leur tour le Conseil d'Etat dans un ordre juridique unifié porteur de nouvelles contraintes.

Celles-ci résultent logiquement d'une part, du niveau occupé dans la hiérarchie des normes par les actes contrôlés par le juge administratif. Ceux-ci sont désormais soumis au respect d'un ensemble complexe de normes constitutionnelles et internationales notamment. De ce fait, si la Haute instance administrative occupe de toute évidence une place déterminante pour assurer l'effectivité de ces normes, elle est relativement dépourvue s'il s'agit de peser sur leur définition.

D'autre part, le juge administratif intervient selon des critères qui après avoir été longtemps fixés par sa propre jurisprudence ou celle du Tribunal des conflits, ont été encadrés par la jurisprudence constitutionnelle au gré des textes adoptés par le législateur. Bien que ce mouvement de constitutionnalisation du statut du juge administratif soit a priori indépendant du phénomène d'homogénéisation des normes juridiques, il participe en réalité de la même logique. Par son contenu, il engage la juridiction administrative à accentuer les effets de l'intégration.

Celle-ci encadre alors le juge administratif car elle lui impose le respect de normes supérieures (A) qui prédéterminent son contrôle (B).

A) Le respect imposé de normes supérieures.

Le Conseil d'Etat a trouvé dans les normes constitutionnelles un fondement nouveau à son contrôle. De ce fait, si ces normes lui ont permis d'étendre les contours de ce contrôle, elles finissent par s'imposer à lui. La première raison en est purement logique et se réduit au fond à une dialectique classique. S'appuyant sur les normes constitutionnelles, le Conseil d'Etat a désormais besoin d'elles. S'il renonçait à cet appui par un revirement de sa politique jurisprudentielle, il perdrait du même coup la force qu'il a gagnée à l'égard des pouvoirs publics. Ainsi, après s'être révélées utiles au contrôle du juge administratif, ces normes constitutionnelles deviennent indispensables et s'imposent de ce fait. Mais surtout, et c'est la seconde source de contraintes, ces mêmes normes constitutionnelles devenues indispensables renferment des mécanismes contraignants notamment au regard des normes internationales (1), qui se combinent avec le poids de la jurisprudence constitutionnelle (2).

1) La contrainte du droit international conventionnel.

Comme le notent les conclusions de l'arrêt Gisti du 29 juin 1990, "il n'est

*plus possible de raisonner aujourd'hui comme au temps où il était exceptionnel qu'un litige administratif soit justiciable de l'application d'une norme internationale...*⁴⁹. En effet, la jurisprudence Nicolo et les obligations qui en résultent pour le juge administratif en matière notamment d'interprétation des conventions internationales, engagent celui-ci sur un terrain dont la difficulté avait pu justifier sur un plan pratique la position initiale du Conseil d'Etat⁵⁰.

Ainsi, celui-ci doit désormais porter une attention scrupuleuse à respecter notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹. Les conclusions de l'arrêt Gisti sont là encore tout à fait significatives. Le revirement de jurisprudence préconisé (et obtenu) est fondé notamment sur *"la prise en compte du droit européen et plus précisément sur l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme"*⁵². En effet, les prescriptions posées par cet article étaient méconnues par l'état antérieur de la jurisprudence qui faisait obstacle non seulement à l'égalité des parties devant le juge mais aussi au principe selon lequel le demandeur a droit à obtenir la décision d'un juge ce qui exclut que ce dernier remette son pouvoir de décision entre les mains d'une autorité non juridictionnelle.

L'argumentation - et la place qu'elle occupe dans les conclusions - montre clairement que la jurisprudence administrative est désormais soumise aux principes posés par les conventions internationales. S'il ne s'agit pas en l'espèce d'en déplorer les effets, il faut pour autant constater que le juge y perd une grande partie de son autonomie. La perte est d'autant plus grande que la force des conventions internationales se combine par ailleurs avec celle de la jurisprudence constitutionnelle.

2) Les effets combinés avec la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

Les conclusions du commissaire du gouvernement rendues sur deux arrêts d'Assemblée du Conseil d'Etat, le 21 décembre 1990, illustrent particulière-

49. Concl. Abraham, *AJDA* 1990, p. 626.

50. Sur cette difficulté, cf. les conclusions de l'arrêt Nicolo, *RFDA* 1989, p. 820-821. Par ailleurs, la solution retenue en 1975 par le Conseil Constitutionnel, fondée juridiquement par la différence de nature entre les décisions au "caractère absolu et définitif" prises dans le cadre de l'article 61 de la Constitution et le "caractère à la fois relatif et contingent" de la supériorité des traités sur les lois, reposait sur des considérations d'opportunité proches de celles qui avaient pu motiver la "jurisprudence des semoules" (Sur ces considérations qui ont pu guider le Conseil Constitutionnel, cf. Genevois (B.), "La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, principes directeurs", *STH*, 1988). En demandant "implicitement" aux juridictions judiciaires et administratives de veiller au respect du principe posé par l'article 55 de la Constitution, le Conseil Constitutionnel a reporté ces mêmes difficultés sur ces juridictions.

51. Toutefois, il faut relever que si l'arrêt Nicolo a amplifié cette contrainte, il n'en est pas le déterminant exclusif puisque la Convention européenne des droits de l'homme, en ouvrant un droit de saisine directe aux justiciables, contient en elle-même un élément contraignant que le Conseil d'Etat, notamment, ne pouvait de toute façon ignorer.

52. Concl. Abraham, *AJDA* 90, p. 627.

ment ce phénomène⁵³. Dans ces espèces, le Conseil d'Etat devait se prononcer sur la légalité des arrêtés ministériels autorisant la mise sur le marché de la "pilule abortive", au regard notamment de l'article 2 de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Cet article 2 prévoit en effet que "*le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi (et que) la mort ne peut être infligée intentionnellement à quiconque*".

Ce faisant, à quinze années d'intervalle, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont eu à trancher un problème au fond identique : la compatibilité du droit à l'avortement avec cet article 2 de la Convention Européenne, invoqué en 1975 comme en 1990. Mais tandis que le Conseil Constitutionnel, par sa jurisprudence célèbre du 15 janvier 1975, n'a pas répondu à la question, le Conseil d'Etat en application de sa jurisprudence *Nicolo*, ne pouvait esquisser la question. Ce point mérite d'être souligné car il impose de nuancer sur un point les conséquences de l'hypothèse de l'unification avancée en 1988. Selon celle-ci, la neutralisation des articles 34 et 37 de la Constitution allait "*réduire considérablement l'intérêt des matières traitées par le pouvoir réglementaire et contrôlées par le Conseil d'Etat*"⁵⁴. Cet appauvrissement des matières contrôlées par le juge administratif pourrait être compensée par l'accomplissement de la jurisprudence constitutionnelle du 15 janvier 1975 que représente la jurisprudence *Nicolo* et "*la fin de la guerre froide dans les relations entre le juge administratif et le traité international*"⁵⁵. La compétence que l'habilitation implicite posée par l'article 55 de la Constitution confère au juge administratif pour apprécier la conformité des lois aux traités, donne l'occasion à ce dernier de statuer sur des matières particulièrement sensibles pour la société comme l'attestent ces arrêts du 21 décembre 1990.

Il reste cependant que statuant en de telles matière, le pouvoir du juge administratif est en réalité réduit à peu de choses. Ainsi dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement constate dans un premier temps que le Conseil d'Etat est en France la première juridiction souveraine à examiner la question de la compatibilité du droit à l'avortement et de la Convention Européenne des droits de l'homme. Mais les conclusions ajoutent tout aussitôt que les membres du Conseil d'Etat ne sont "*toutefois pas les premiers dans le monde à (s')interroger sur ce point*"⁵⁶. Et après avoir procédé à un rapide tour d'horizon des jurisprudences divergentes des cours constitutionnelles européennes, le commissaire du gouvernement développe les éléments qui justifient la relative paralysie dont le juge administratif a fait preuve pour interpréter le "droit à la vie" posé par la Convention invoquée.

53. Arrêts "Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres" et "Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement, Association des médecins pour le respect de la vie".

54. Favoreu (L.), art. cit., p. 164.

55. Lachaume (F.), "L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales", note sous l'arrêt *Gisti* précité, *RFDA* 1991, p. 926.

56. Concl. Stirn, *RFDA* 1991, p. 1071.

C'est d'abord le rappel de la contrainte que représente potentiellement la Cour européenne des Droits de l'homme. Certes, la Cour n'avait jamais elle-même eu à se prononcer sur le respect de cet article 2 de la Convention. Toutefois, le commissaire du gouvernement relève que la Commission européenne des droits de l'homme avait apparemment accepté une interprétation au terme de laquelle "le droit à la vie" ne saurait avoir le même contenu selon qu'il est appliqué aux enfants déjà nés ou aux fœtus. Et faute d'éléments plus précis, les conclusions constatent que la Convention "*laissait en tout état de cause une large marge d'appréciation aux législateurs nationaux*"⁵⁷. Pourtant, loin de disposer de ce fait d'une grande liberté d'interprétation de la Convention, le Conseil d'Etat s'est retrouvé contraint par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

En effet, les conclusions insistent sur la difficulté pour le Conseil d'Etat d'interpréter une Convention qui "*contient en réalité l'ensemble des principes de valeur constitutionnelle qui inspirent le Préambule de la Constitution et qu'applique le Conseil Constitutionnel*". Pour éviter que le Conseil d'Etat n'exerce ainsi "une sorte de second contrôle de constitutionnalité des lois", il doit selon les conclusions exercer un contrôle de "compatibilité" entre la disposition contrôlée et la Convention européenne plutôt qu'un contrôle de "conformité". En réalité, cette partie des conclusions montre très bien que le contrôle exercé par le Conseil d'Etat était finalement inutile dès lors que la loi, fondement des arrêtés critiqués, n'avait pas été censurée par le Conseil Constitutionnel au vu de dispositions constitutionnelles posant des principes semblables à ceux avancés dans la Convention. La non-contrariété relevée par le Conseil Constitutionnel entre la loi autorisant l'Interruption Volontaire de Grossesse et notamment le Préambule de 1946⁵⁸ interdisait en fait au Conseil d'Etat de faire prévaloir une interprétation plus rigoureuse du droit à la vie consacré par la Convention européenne des droits de l'homme.

Au total, il apparaît clairement que lorsque le juge administratif est appelé à statuer sur le respect des droits fondamentaux, son appréciation est strictement encadrée soit par les mécanismes contenus dans les traités eux-mêmes - tel le recours devant la Cour Européenne des droits de l'homme -, soit par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Ce déclin de la liberté d'appréciation du juge administratif sur le contenu des droits fondamentaux a des conséquences d'autant plus importantes sur le contrôle qu'il opère, que ces mêmes droits prennent une place essentielle dans la définition de sa compétence.

B) Un contrôle prédéterminé.

Le contrôle du juge administratif reposait essentiellement selon les ensei-

57. *Ibid.*, p. 1072

58. Le Conseil Constitutionnel a évoqué dans sa décision IVG du 15 janvier 1975, l'alinéa 11 de ce Préambule ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

gnements de l'arrêt Blanco, sur la nécessité de définir un équilibre entre les intérêts privés et l'intérêt public. Toute la jurisprudence administrative a visé à assurer cet équilibre en le faisant évoluer. L'intégration accompagnée sur ce point par deux décisions du Conseil Constitutionnel⁵⁹, viennent sinon remettre en cause la mission du juge administratif, du moins interférer considérablement sur la définition de cet équilibre.

L'action du juge administratif doit en effet s'accommoder d'un repositionnement de chacun des termes de cet équilibre. En effet, la notion de droits fondamentaux telle qu'elle s'impose au juge administratif est tellement large qu'elle est susceptible d'apparaître dans chacun des litiges dont ce dernier est saisi. Aussi, quelle que soit la branche du contentieux concerné, le juge administratif doit certes trancher entre l'intérêt privé et l'intérêt public que chacune des parties au litige représente, mais il doit également veiller à ce que l'individu qui a intenté une action contre la puissance publique ne soit pas lésé dans ses droits fondamentaux, qu'ils concernent la procédure relative à l'acte contesté ou le fond du litige, par exemple l'égalité devant les charges publiques. De ce fait, la notion d'intérêt privé tend à s'effacer progressivement, sous l'influence du droit constitutionnel, derrière celle de droits fondamentaux sur la définition desquels le juge administratif ne peut plus guère peser. La notion d'intérêt public quant à elle, subit une sorte de dévaluation. N'apparaissant plus explicitement dans la définition des critères de compétence du juge administratif, elle est remplacée par le concept de puissance publique.

Pour schématiser, le juge administratif, de conciliateur des intérêts privés et des intérêts publics qu'il était, tend à devenir le défenseur des droits fondamentaux face aux actes du pouvoir exécutif.

Ce bouleversement des termes de l'équilibre fondateur du droit administratif engage le juge administratif à redéfinir sa position. Il est contraint à rendre son contrôle de plus en plus offensif parce qu'il s'exerce à l'encontre d'une administration dont l'action est démythifiée (1) et parce que cette offensivité constitue l'ultime légitimité d'un juge sans spécificité réelle (2).

1) Un contrôle offensif portant sur une action administrative démythifiée.

Plutôt que de développer ici la jurisprudence du 23 janvier 1987 "Conseil de la Concurrence", il s'agit de la resituer dans la logique de l'unification de l'ordre juridique. En effet, cette décision 86-224 DC est intervenue avant que

59. Il s'agit des décisions 86-224 DC "Conseil de la concurrence" et 89-261 DC "Entrée et séjour des étrangers".

60. Le processus d'unification était déjà enclenché en 1987 (Cf. en ce sens, Favoreu (L.), "Le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge des conflits: vers une harmonisation de la jurisprudence", *RFDA* 1987, p. 264 et s.) mais les jurisprudences constitutionnelle et administrative n'avaient pas encore acquis ce degré de complémentarité symbolisé, depuis, par la jurisprudence Nicolò.

l'unification n'ait pris toute son envergure⁶⁰ de telle sorte qu'elle a pu en baliser la voie en modifiant tant la situation du juge administratif que la perception des actes qu'il contrôle.

D'une part, en effet, la décision "Conseil de la Concurrence" a contribué à situer le juge administratif dans un ordre juridictionnel unifié. Elle constituait le premier signe de ce que l'ordre juridictionnel administratif ne pouvait plus être considéré comme autonome. En voyant les critères de sa compétence définis par la juridiction constitutionnelle, la juridiction administrative se trouvait du même coup intégrée à cet ordre juridictionnel unique, ordonné selon les interprétations rendues par le Conseil Constitutionnel.

Dans ce cadre, la situation du juge administratif se révélait ambiguë. Si cette décision de 1987 renforçait la juridiction administrative en lui donnant un domaine protégé de compétence⁶¹, la protection de nature constitutionnelle que reçoit l'existence de cette juridiction n'apportait au fond rien de substantiel au principe d'indépendance consacré dès 1980 comme principe fondamental reconnu par les lois de la République⁶².

Dés lors, loin de conforter réellement la juridiction administrative, la décision 86-224 DC n'a préservé à sa compétence qu'un îlot incluant principalement le contentieux de l'excès de pouvoir et quelques contentieux spécialisés, sous réserve que les matières concernées ne ressortissent pas par nature à la compétence judiciaire ou que leur transfert ne soit utile à une bonne administration de la justice.

Ce caractère profondément ambigu de la décision "Conseil de la Concurrence" a pu engager le juge administratif à affermir son contrôle dans son domaine protégé en trouvant dans l'intégration du droit constitutionnel les moyens de ce renforcement.

D'autre part, cet affermissement résulte directement de la définition des critères de reconnaissance des actes contrôlés par le juge administratif, telle qu'elle est formulée par la décision de 1987. Le Conseil d'Etat dont la compétence n'est reconnue qu'à l'égard des "actes pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique", contrôle les actes de la puissance administrative du même coup dépouillés de la "métaphysique du Service Public". En évitant

61. R. Chapus estime que "ce nouvel état du droit (issu de la décision 86-224 DC) est de nature à affaiblir la portée pratique des critiques adressées au principe même de l'existence d'une juridiction administrative et procédant de la considération soit de l'illogisme, soit des inconvénients du dualisme juridictionnel", *op. cit.*, p.482.

62. Le principe d'indépendance, sauf à n'avoir aucune portée, interdisait bien à une loi de supprimer purement et simplement la juridiction administrative. Cf. en ce sens, *GDCC*, p. 714.

63. En ce sens, Cf. Bizeau (J.-P.), "Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ?", *AJDA* 1992, p. 179 et s. ; sur le lien entre les notions de Service public et de Puissance publique, Cf. Geoffroy (J.-B.), "Service Public et Prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre", *RDP* 1987, p. 49-88.

d'inscrire cette notion de Service Public dans les chefs de compétence du juge administratif, le juge constitutionnel en a entériné la dévaluation⁶³. Plus encore, il a mis en valeur l'action administrative comme résultant de l'action de l'Etat considéré comme "une puissance et organisé comme tel"⁶⁴. Du même coup, la position du Conseil d'Etat s'est trouvée modifiée car, contrôlant les actes d'un Etat potentiellement dangereux pour les libertés - et non plus les actes d'un Etat oeuvrant explicitement pour l'intérêt général -, la Haute instance a obéi à une "réaction de défense des libertés publiques... contre (l'Etat)"⁶⁵ en affermissant la portée de son contrôle.

Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle de 1987 a pu engager le juge administratif à adopter une logique conforme à celle induite par l'intégration et dont il ne pourrait pas se départir.

2) Un juge administratif à la recherche d'une spécificité.

Il ressortait de la jurisprudence constitutionnelle de 1987 que la compétence du juge administratif était fondée sur la "conception française de la séparation des pouvoirs"⁶⁶ conformément à laquelle figurait le principe dégagé dans la décision. De fait, cette conception, en liant la séparation des juridictions à la séparation des pouvoirs, avait permis au juge administratif d'apparaître comme le seul organe juridictionnel habilité à connaître des actes de l'exécutif au motif que sa nature lui permettait seul de préserver l'intérêt public porté par ces actes.

Pourtant, cette spécificité est mise à mal dans la décision 89-261 DC du 28 juillet 1989 par laquelle le Conseil Constitutionnel a imposé la compétence du juge administratif pour statuer sur la légalité d'un arrêté de reconduite à la frontière. Après avoir détaillé la disposition concernée, le Conseil Constitutionnel reprend les critères de compétence de la juridiction administrative tels qu'il les avait définis en 1987. Constatant qu'un arrêté de reconduite à la frontière "constitue l'exercice de prérogatives de puissance publique" et comme tel "relève de la compétence de la juridiction administrative", il étudie pour les écarter tous les motifs qui avaient conduit le législateur à déroger à la répartition habituelle de compétence entre les deux ordres de juridiction⁶⁷. Pour conforter son raisonnement et l'attribution de compétence qui en résulte pour le droit administratif, le Conseil Constitutionnel note enfin que si la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une

64. Delvolvé (P.), "Service Public et Libertés Publiques", *RFDA* 1985, p. 11.

65. *Ibid.*

66. Déc. 86-224 DC, consid. 15.

67. Ainsi, il refuse de considérer que le contrôle d'un arrêté de reconduite à la frontière ne pouvait être dissocié du contrôle de mesures de surveillance éventuellement prises lorsque l'étranger ne peut quitter immédiatement le territoire français (consid. 25 et 26). De plus, il écarte la justification fondée sur une bonne administration de la justice au motif que les litiges pouvant entraîner une double compétence des juges administratif et judiciaire "ne sont pas d'une nature ou d'une fréquence telle qu'ils puissent entraîner une dérogation aux règles normales de compétence" (consid. 27 et 28)

voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés, "cette exigence ... peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative"⁶⁸.

Le juge constitutionnel met ainsi à jour ce qui constitue sans doute le fondement essentiel de son raisonnement et la nouvelle perspective qui en résulte pour le juge administratif. La compétence de ce dernier ne saurait, contrairement à ce que laissait entendre la décision de 1987⁶⁹, être réduite à néant dans les domaines relevant de la compétence du juge judiciaire tels que la protection de la liberté individuelle. Ces compétences concurrentes doivent être conciliées, comme en l'espèce et la conciliation est d'autant plus aisée que les garanties offertes aux justiciables par l'une et l'autre juridiction sont équivalentes.

Mais cette équivalence n'est pas sans ambiguïté car si elle peut permettre à l'ordre administratif d'obtenir certains blocs de compétence⁷⁰, elle affaiblit sa position en le dépouillant explicitement de sa spécificité. En effet, si le juge administratif peut offrir une protection des droits fondamentaux identique à celle apportée par le juge judiciaire, c'est nécessairement parce qu'il ne procède pas à une lecture spécifique de l'intérêt public contenu dans les actes qu'il contrôle. Du même coup, le juge administratif n'a plus de spécificité réelle qui puisse justifier sa compétence sinon cette référence historique relevée de manière peu habituelle par le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 1987⁷¹. Ce "contexte"⁷² issu de la loi des 16-24 août 1790, même s'il est à l'origine d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, est en réalité très faible pour légitimer l'action du juge administratif. Cette légitimité, il peut donc être tenté de la renforcer en se montrant particulièrement ferme dans la défense des droits fondamentaux. Il se trouve ainsi pris dans une spirale qui l'invite à anticiper, voire à accentuer la logique dans laquelle l'entraîne le droit constitutionnel, au point que la position du Conseil d'État à l'égard de l'administration se trouve inversée.

Alors qu'il était à l'origine compétent parce que lui seul pouvait concilier les intérêts privés et l'intérêt public, sa compétence ne se justifie plus désormais que parce qu'il sait imposer à cette administration un strict respect des droits fondamentaux au risque de ne plus faire droit à l'intérêt général que

68. Consid. 29.

69. Sur cette différence entre les décisions de 87 et 89, cf. notamment, Favoreu (L.) et Philip (L.), *GDCC*, 5ème éd., p. 717, paragraphe 12 ou encore la note de Chevallier (J.), *AJDA* 1989, p. 625.

70. Toutefois, les perspectives ouvertes par ces blocs de compétence peuvent apparaître comme illusoire. Cf. sur ce point l'appréciation critique de Chevallier (J.), *ibid.*, p. 627.

71. B. Genevois note que "si ce rappel d'ordre historique discrètement effectué par la décision ne choque pas, on peut s'interroger néanmoins sur sa portée". Pour l'auteur, il ne permet en aucun cas de fonder juridiquement le principe de valeur constitutionnelle dégagé par la Haute instance et relatif à la compétence du juge administratif, *RFDA* 1987, p. 291.

72. Cf. Vedel (G.), "La loi des 16-24 août 1790, Texte ? Prétexe ? Contexte ?", *RFDA* 1990, p. 12-25.

sous-tend l'action administrative.

Au total, l'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative rend compte d'un phénomène aux implications inattendues et profondes.

Parce qu'elle ne fait, au fond, que concrétiser l'unité d'inspiration qui, malgré sa fragmentation apparente, caractérisait l'ordre juridique, l'intégration n'engendre pas cette opposition quelquefois attendue du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat.

Mais, parce qu'elle oriente la juridiction administrative vers une protection des droits fondamentaux identique à celle qu'apporte le juge judiciaire et qu'elle prive ainsi le juge administratif de toute véritable spécificité, l'intégration avive la question que l'unification de l'ordre juridique était supposée régler, de la justification du dualisme juridictionnel.

Deux voies étaient a priori ouvertes pour régler cette question. L'une consistait à consacrer la spécificité de l'action administrative non pas au travers de ses moyens, les prérogatives de puissance publique, mais de sa finalité, la défense de l'intérêt public. La juridiction administrative aurait alors retrouvé toute sa justification mais elle aurait dû pouvoir admettre, au nom de la particularité de l'action qu'elle contrôle, des aménagements au strict respect des droits fondamentaux. Or cette voie ne pouvait convenir au schéma posé par le contrôle de constitutionnalité. En effet, le juge constitutionnel lui-même est placé dans une situation similaire à celle qui aurait été reconnue au Conseil d'Etat, tant l'action législative vise elle-aussi à satisfaire l'intérêt général. Dès lors que les droits fondamentaux tels qu'interprétés par le juge constitutionnel font droit à cet intérêt général, il n'aurait guère été logique de permettre au Conseil d'Etat d'accepter des aménagements différents de ceux que le Conseil Constitutionnel a d'ores et déjà admis pour le législateur.

Aussi, dans le cadre d'un ordre juridique pénétré par les principes de valeur constitutionnelle arrêtés par le Conseil Constitutionnel, l'action administrative ne peut-elle se définir que par les moyens dont elle dispose. Cette définition impose au juge de se montrer d'autant plus strict que ces moyens sont exorbitants du droit commun. La spécificité du juge administratif ne peut donc provenir que de l'autorité particulière dont il jouit pour s'imposer à cette action spécifique qu'est l'action de l'Etat. Mais cette logique nouvelle suppose une rupture avec nombre de préceptes traditionnels du droit administratif à l'élaboration desquels le juge administratif a activement participé. Cette rupture, déjà amorcée, annonce ainsi la réorientation non seulement de l'action du juge administratif mais bien surtout du droit administratif dans son ensemble.