

# **RAPPORT POUR LA FRANCE**

par

SUZANNE GREVISSE  
Maître des requêtes

Dans les Etats modernes, l'administration est soumise à la règle de droit et divers mécanismes de contrôle sont destinés à assurer le respect par elle de cette règle.

En France, le juge administratif a pour mission d'assurer ce contrôle.

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire apparaît dès lors à certains comme une regrettable survivance de l'arbitraire et le signe d'un échec du juge dans son rôle de protecteur des citoyens.

Mais le pouvoir discrétionnaire ne doit pas être considéré comme l'enjeu d'une lutte entre deux forces contraires, celle de l'arbitraire et celle du droit.

Il apparaît comme une donnée constante et sans doute nécessaire de la vie administrative. Le rôle du juge n'est pas de le détruire, il doit être de le canaliser de manière à assurer, dans une situation d'équilibre, le respect du principe de l'égalité sans paralyser l'action administrative.

## **I. ESSAI D'ANALYSE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS L'ADMINISTRATION FRANÇAISE**

### *A. Définition*

Une autorité administrative dispose d'un pouvoir qu'on qualifiera de discrétionnaire chaque fois que, en présence d'une situation de fait donnée, elle a la faculté de choisir, en fonction de son appréciation propre, le sens ou la portée de la décision qu'elle prendra ou les moyens qu'elle utilisera pour accomplir sa tâche.

Ainsi définie, la notion de pouvoir discrétionnaire englobe celle d'opportunité et s'oppose à la «compétence liée», c'est-à-dire à l'obligation faite à l'autorité administrative de prendre une décision déterminée.

Le choix peut être entre agir et ne pas agir. Il n'y a pas d'obligation pour un ministre de prononcer une sanction disciplinaire à rencontre d'un fonctionnaire fautif; il n'y a pas d'obligation pour une commune, devant la carence de l'initiative privée, de créer un service public économique ou social; l'Etat n'est pas tenu d'organiser un service public de protection contre les inondations. En principe, une autorité administrative n'a même pas l'obligation juridique de mettre fin à une situation illégale et, par exemple, de poursuivre l'interruption de travaux entrepris sans permis de construire.

Si l'autorité administrative décide d'agir ou est sollicitée de le faire, elle conserve généralement un pouvoir d'appréciation: par exemple pour accorder ou refuser une autorisation, un agrément ou un avantage, déterminer si un projet est d'utilité publique et justifie comme tel l'expropriation de biens privés, fixer l'implantation ou le tracé d'un ouvrage public. Même lorsque la loi fait obligation de rendre des dispositions réglementaires d'application, l'autorité compétente fixera librement, sous réserve de ne pas méconnaître la loi, les modalités d'application qui lui paraîtront le mieux adaptées.

### *B. Fondement*

L'étendue du pouvoir discrétionnaire est fonction de la plus ou moins grande précision de la règle de droit. Mais il serait vain d'espérer qu'il puisse disparaître par une multiplication de textes mieux élaborés et plus précis.

En effet, la fonction d'administrer ne se réduit pas à l'exécution d'une politique prédéterminée dans tous ses éléments. Elle comporte, dans son exercice quotidien, une part d'initiative et de choix.

Les administrations ont pu être comparées à des entreprises parce qu'elles constituent des organes créés en vue de remplir une fonction déterminée et au sein desquels s'exerce un pouvoir de direction.<sup>1</sup>

Cette comparaison n'est, certes, que partiellement justifiée. Les décisions administratives, qui sont exécutoires, s'imposent non seulement au corps administratif et à ses agents mais aussi aux administrés. En contre-partie, il n'y a pas dans l'administration d'autonomie de la volonté: toute décision administrative doit tendre à la satisfaction de l'intérêt général, tout service admi-

<sup>1</sup> Jean Claude VENEZIA. Le Pouvoir discrétionnaire-1959.

nistratif ne peut agir qu'en vue de l'accomplissement de sa mission propre, conformément à sa spécialité. La loi et les principes généraux du droit déterminent à la fois l'objet en vue duquel un pouvoir discrétionnaire est accordé à l'autorité administrative et les limites de ce pouvoir.

Mais le législateur ne peut déterminer avec une précision absolue tous les éléments qui concourent à la prise d'une décision et ne doit pas donner à l'action administrative une trop grande rigidité.

Bien plus, dans le silence de la loi, il appartient aux ministres et chefs de service de prendre les mesures réglementaires nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité. Ce pouvoir défini par le Conseil d'Etat lui-même<sup>2</sup> est fondé sur la nécessité d'un fonctionnement régulier des services publics et sur l'idée que toute autorité doit naturellement disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

### C. *Etendue*

Plusieurs facteurs ont pourtant traditionnellement contribué, en France, à réduire le pouvoir discrétionnaire de l'administration et à le réserver à un petit nombre d'autorités.

Dans un Etat de droit où la compétence du Parlement était générale et où le législateur estimait du devoir de l'Etat d'intervenir dans tous les secteurs de la vie nationale pour résoudre des conflits ou assurer la satisfaction des besoins des individus et la protection de leurs droits naturels, s'est en outre manifestée une tendance croissante à rédiger des textes législatifs longs et précis enserrant étroitement l'action de l'administration.

De surcroît-et ce second facteur demeure- le pouvoir réglementaire, qu'il s'agisse de celui conféré par la loi ou du pouvoir réglementaire autonome, n'est détenu que par le Président de la République et le Premier ministre. Les ministres eux-mêmes, sous réserve de ce qui a été dit ci-dessus, ne

En ce qui concerne les décisions non réglementaires, la concentration, qui sont pas dotés d'un tel pouvoir.

demeure, malgré certaines évolutions, une caractéristique de l'administration française, contribue également à cette faible diffusion du pouvoir discrétionnaire. Instructions et circulaires sont un procédé très largement employé par les autorités supérieures pour guider étroitement l'action de leurs subordonnés. Dans le même sens, quoique de manière plus ponctuelle, s'exerce l'action du pouvoir hiérarchique qui, sauf texte contraire, est de droit commun et permet au supérieur de substituer son appréciation à celle de son subordonné et de modifier la décision que celui-ci a prise, même pour des raisons d'opportunité.

Aujourd'hui cependant le pouvoir discrétionnaire connaît une extension nouvelle, les causes de cette évolution sont, elles aussi, d'ordre institutionnel et d'ordre fonctionnel.

La constitution du 4 octobre 1958, sous l'empire de laquelle vit la France, a procédé à un partage des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. En bien des domaines, la loi n'énonce plus que des principes et des règles générales. De plus, les projets de loi adoptés par le Parlement sont le plus souvent d'origine gouvernementale et rédigés par des services administratifs soucieux de ménager à leur future action une marge d'autonomie.

L'action de l'Etat s'est d'autre part étendue à des domaines nouveaux où il est malaisé, et parfois inopportun, de donner une trop grande précision à la règle de droit.

Telle n'est certes pas la tendance de la législation sociale, qui repose en France sur la notion de droits des individus. Mais dans des domaines, tels ceux de la construction ou de l'urbanisme, où l'action administrative doit tout à la fois s'inspirer de données techniques et appréhender une situation concrète complexe, il est fréquent que les textes législatifs et réglementaires donnent à l'autorité administrative compétente pour veiller au respect de la réglementation un très large pouvoir d'appréciation, ou même l'autorisent,

<sup>2</sup> Conseil d'Etat 7 février 1936 JAMART Recueil p. 172.

sans fixer de conditions précises, à déroger aux règles d'urbanisme préalablement fixées. De même l'intervention de l'Etat dans le domaine économique, qui s'opère de plus en plus par voie de mesures incitatives, doit s'adapter à une situation à la fois complexe et évolutive, et les textes s'abstiennent alors de fixer des critères de décision qui, par leur précision, nuiraient à la souplesse nécessaire.

De même qu'il s'accroît, le pouvoir discrétionnaire, aujourd'hui, se disperse. Cette évolution tient aux efforts de décentralisation et de déconcentration administrative. Elle tient plus encore à ce que s'accroît le nombre des missions de service public confié à des organismes de forme juridique variée, relevant parfois du droit privé, et qui disposent, pour l'accomplissement de cette mission, d'un pouvoir de direction et de décision propre. De cette évolution - dans laquelle on a pu voir un démembrement de l'Etat - on citera l'exemple des ordres et organismes professionnels qui, réunissant, parfois de manière obligatoire, les membres d'un groupe professionnel, parfois aussi dotés d'un pouvoir réglementaire, ont plus généralement celui de prendre des décisions individuelles à l'égard de leurs mesures, y compris des décisions disciplinaires, qui impliquent une part de pouvoir discrétionnaire.

#### D. *Modalités d'exercice*

L'exercice des tâches de l'administration, la diversification de ses moyens d'action, l'influence sans cesse croissante que ses décisions exercent sur la vie des citoyens ont progressivement fait apparaître la double nécessité de mieux informer les intéressés de son action et d'organiser et normaliser cette action.

Les modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire ont dès lors évolué, à l'initiative du législateur, du juge et de l'administration elle-même.

Par tradition, l'administration française agit dans le secret. Le principe demeure que, sauf texte contraire, une décision administrative n'a pas à être motivée<sup>3</sup>.

Mais divers mécanismes se sont développés afin d'assurer tout à la fois une meilleure information préalable des personnes intéressées et d'éclairer les autorités administratives elles-mêmes dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. La loi impose fréquemment des procédures consultatives (par exemple dans le régime disciplinaire des fonctionnaires) ou des procédures d'enquête publique (en matière d'expropriation ou d'élaboration des plans d'urbanisme).

De son côté le juge administratif a imposé le respect des droits de la défense qui est aujourd'hui considéré comme un principe général du droit: lorsqu'une décision individuelle (à l'exception d'une mesure de police) constitue une sanction ou une mesure grave et qu'elle est prise en raison de faits personnels à l'intéressé, celui-ci doit être mis en mesure de discuter les griefs que l'administration croit avoir contre lui.

Enfin l'administration elle-même s'efforce, lorsque les textes législatifs et réglementaires n'y pourvoient pas, de discipliner et de normaliser son action. Il s'agit là d'une nécessité pratique et aussi d'un moyen d'éviter l'arbitraire autant que l'incohérence.

Tel est l'objet des mesures de planification des investissements publics ou de l'action administrative. Après une période de planification officieuse, les règles élaborées sont fréquemment insérées dans des textes législatifs ou réglementaires et leur respect devient alors une condition légale parmi d'autres. On citera parmi les exemples récents la création d'une «carte scolaire» et celle d'une «carte sanitaire» auxquelles doivent se conformer les décisions concernant la création et l'implantation des établissements scolaires ou hospitaliers.

---

<sup>3</sup> Font exception les décisions prises par une autorité collégiale au sein d'un organisme professionnel: CE. 27.11.1970 Agence maritime Marseille Fret p. 704.

La situation juridique est plus confuse lorsqu'une autorité administrative, compétente pour prendre des décisions individuelles, se fixe à elle-même des « directives » qui n'ont pas de valeur juridique propre et qui demeurent secrètes. Plus ou moins élaborées, parfois non écrites, ces directives peuvent constituer, selon l'usage qui en est fait, aussi bien une garantie pour les administrés qu'un danger. Assurer leur bon usage est une des principales difficultés auxquelles se heurte aujourd'hui le juge administratif dans l'exercice de son contrôle.

Tous ces procédés d'information ou de rationalisation de l'action administrative seraient de faible efficacité, en effet, si le juge, qui, on l'a vu, a contribué à les créer, n'exerçait un contrôle non seulement sur l'application qui en est faite, mais aussi sur l'exercice même par les autorités administratives de leur pouvoir discrétionnaire, et s'il ne s'efforçait sans cesse d'étendre et d'affiner ce contrôle.

## II. LE CONTROLE DU JUGE

S'il n'est pas la seule voie par laquelle le juge administratif peut être amené à exercer son contrôle sur la manière dont les autorités administratives usent de leur pouvoir discrétionnaire, le recours pour excès de pouvoir constitue cependant l'instrument privilégié de ce contrôle.

C'est donc essentiellement de lui qu'il sera question ici.

Le recours pour excès de pouvoir ne permet de censurer que les décisions entachées d'illégalité. Le principe demeure, en France, que le juge administratif ne contrôle pas l'opportunité des décisions qui lui sont déférées.

Cependant, sans méconnaître ce principe, le juge est parvenu aujourd'hui :

- à soumettre toutes les décisions administratives, y compris les décisions discrétionnaires, à un contrôle objectif de légalité ;
- à s'assurer que le pouvoir d'appréciation qui caractérise le pouvoir discrétionnaire est exercé par les autorités dans des conditions régulières et à bon escient ;
- enfin à étendre, mais de manière nuancée, son contrôle sur cette appréciation elle-même.

Dès lors la notion d'opportunité est sans cesse remise en cause.

A. Le recours pour excès de pouvoir offre les conditions objectives d'un contrôle efficace du pouvoir discrétionnaire en raison d'une part de son caractère général, d'autre part de la procédure inquisitoriale qu'applique le juge administratif.

1°. Toute décision administrative peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir par toute personne justifiant d'un intérêt pour le faire, et cet intérêt est entendu de manière très large.

Il en va ainsi non seulement des actes dont l'administration prend l'initiative mais aussi de ses refus ou de ses abstentions. Il est toujours possible aux administrés de demander à l'autorité administrative compétente de prendre une décision individuelle ou réglementaire et de déférer son refus au juge. Le silence même gardé par le destinataire fait naître une décision implicite qui, sauf texte contraire, est une décision de rejet et qui lie le contentieux.

Réserve étant faite des actes de gouvernement- qui ne constituent plus aujourd'hui qu'une exception de faible portée - le contrôle du juge s'étend ainsi à tous les actes du pouvoir exécutif et de l'administration placée sous son autorité, alors même qu'ils émanent des plus hautes autorités politiques, ou d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public. Bien que le Président de la République soit élu au suffrage universel, ses actes n'échappent pas au contrôle d'excès de pouvoir.

2°. Il n'existe donc plus d'actes discrétionnaires mais tout au plus une part d'appréciation discrétionnaire dans le processus d'élaboration de certains actes administratifs qui n'en sont pas moins soumis, comme les autres, au respect de la règle de droit.

Leur légalité implique tout d'abord que leur auteur ait eu compétence pour les prendre; que la décision ne soit pas entachée d'un vice de forme et notamment qu'elle soit motivée lorsque les textes applicables l'exigent; enfin qu'elle ait été prise sur une procédure régulière.

Une consultation préalable, une procédure de publicité ou d'enquête exigées par la loi constituent une formalité substantielle qui doit être correctement remplie.

L'autorité administrative, même dotée d'un pouvoir discrétionnaire, n'est pas non plus libre de déterminer sans contrainte la nature et le contenu de la décision qu'elle prendra.

Tout pouvoir administratif connaît une limite qui tient au respect de la légalité. La seule particularité que présente à cet égard le pouvoir discrétionnaire est que, le texte écrit étant parfois succinct ou imprécis, le juge a plus souvent à se référer à ces règles non écrites mais de valeur constitutionnelle que l'on qualifie de principes généraux du droit, tel le principe de non-rétroactivité ou le principe d'égalité devant le service public.

De même l'autorité administrative ne peut refuser d'agir si la loi ou les principes généraux du droit lui imposent de le faire. Elle commet un excès de pouvoir si elle paralyse l'application d'une loi en refusant, après un délai raisonnable, de prendre le texte réglementaire nécessaire à l'application de cette loi. L'autorité de police commet un excès de pouvoir en refusant d'intervenir en cas de menace grave pour l'ordre public. L'autorité chargée de recevoir une déclaration d'association commet un excès de pouvoir si elle refuse de délivrer récépissé de cette déclaration<sup>4</sup>.

3°. Mais le contrôle du pouvoir discrétionnaire ne saurait être efficace s'il ne s'étendait, au-delà du dispositif de la décision déferée au juge, à ses motifs.

A cet égard, l'existence des décisions implicites, le fait que les décisions administratives sont rarement motivées, la tradition de secret qui prévaut dans l'administration française ne facilitent pas le contrôle.

La procédure inquisitoire qu'applique le juge administratif lui permet de remédier à ces inconvénients. Le juge détermine les motifs de la décision attaquée d'après l'ensemble du dossier qui lui est soumis et notamment les observations que l'administration compétente est appelée à présenter devant lui. Au besoin, il invite celle-ci à lui faire connaître les motifs de la décision ou à lui communiquer les documents nécessaires pour former sa conviction. Le refus ou le silence de l'administration sont interprétés comme établissant l'exactitude des allégations du requérant si celles-ci sont suffisamment vraisemblables. Cette règle, posée à l'occasion du pourvoi formé contre une décision par laquelle avait été discrétionnairement refusé à un candidat le droit de se présenter est aujourd'hui d'application générale et constitue un instrument d'investigation indispensable, notamment en ce qui concerne les interventions de l'Etat dans le domaine économique<sup>5</sup>.

B. Ainsi armé, le juge s'assure que l'administration a bien utilisé de son pouvoir discrétionnaire et qu'elle l'a fait dans des conditions régulières et à bon escient.

1°. La décision sera illégale si l'auteur de cette décision n'a pas utilisé du pouvoir d'appréciation qu'il détenait et, par exemple, s'il a estimé à tort que le texte applicable ne lui laissait aucune faculté de choix ou s'est cru lié par un avis qui n'était que consultatif.

Elle le sera également s'il ne s'est pas livré à un examen particulier de l'affaire qui lui était soumise.

L'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'espèce avant de prendre une décision, même discrétionnaire, a été constamment affirmée par la jurisprudence depuis plusieurs décennies.

<sup>4</sup> Tribunal administratif de Paris 25.1.1971 Dame de Beauvoir et Sieur Lécrés Rec. p. 813.

<sup>5</sup> Conseil d'Etat 28.5.1954 Barel p. 308-26.1.1968 Société Maison GENESTAL p. 62.

Cette règle, qui constitue une garantie pour les administrés, subsiste. Cependant, le juge administratif a dû en tempérer l'application devant le développement des « directives » par lesquelles une autorité administrative, dans le silence des textes, fixe pour elle-même ou ses subordonnés des règles et des critères pour l'examen des cas individuels sur lesquels ils auront à se prononcer.

Le juge aurait méconnu les nécessités de l'administration et affaibli son contrôle en refusant de tenir compte de ces normes officielles et sans portée juridique propre dont l'existence lui est souvent révélée, comme aux administrés eux-mêmes, par l'instruction des pourvois formés contre des décisions individuelles.

En l'état actuel de la jurisprudence, ne constitue pas une illégalité le fait, pour une autorité administrative, de définir des orientations générales et de s'y conformer mais à la triple condition que les « directives » qu'elle élabore ne soient pas intrinsèquement illégales comme contraires à la loi ou aux principes généraux du droit, qu'elles soient adaptées au but poursuivi par la réglementation à appliquer et que le cas individuel réglé au vu de ces directives ne présente aucune particularité qui eut exigé que lesdites normes soient écartées.

C'est selon ces critères que le Conseil d'Etat s'est prononcé notamment sur la validité et l'application individuelle de normes élaborées par la commission compétente pour décider de l'emploi des disponibilités du Fonds national d'amélioration de l'habitat en vue de l'aide aux travaux entrepris par des propriétaires privés<sup>6</sup>.

2°. Le juge s'assure aussi que l'appréciation à laquelle l'autorité administrative s'est livrée n'est pas viciée par une erreur de fait ou une erreur de droit.

Une décision manque de base légale si elle est motivée par des faits qui ne se sont pas produits. Ce contrôle de l'exactitude matérielle des faits, opéré au vu de l'ensemble des pièces du dossier et, au besoin, par voie d'enquête ou d'expertise a une portée absolument générale. Même les mesures de police prises au titre d'une loi d'exception n'y échappent pas<sup>7</sup>.

Par erreur de droit, le juge entend une erreur commise par l'autorité administrative dotée d'un pouvoir discrétionnaire soit quant aux conditions juridiques de son intervention, soit quant au but en vue duquel son pouvoir lui a été donné.

L'erreur peut consister à se référer à un texte illégal ou sans application en l'espèce; elle peut porter sur la situation juridique de la personne concernée (par exemple si un congé est refusé à un fonctionnaire par le motif erroné en droit que l'intéressé se trouvait dans une situation administrative ne permettant pas l'octroi d'un tel congé).

Ou bien une décision sera fondée sur un motif juridiquement erroné parce que l'auteur de cette décision se sera déterminé en fonction de faits qu'il n'était pas en droit de prendre en considération et aura ainsi usé de son pouvoir discrétionnaire pour des fins autres que celles en vue desquelles ce pouvoir lui avait été conféré.

Une autorité dotée d'un pouvoir de police spécial ne peut user de ce pouvoir que dans l'intérêt de cette police. Un ministre qui a le pouvoir discrétionnaire d'arrêter la liste des candidats admis à participer à un concours administratif commet un excès de pouvoir s'il fonde sa décision sur les opinions politiques du candidat<sup>8</sup>.

Le détournement de pouvoir n'est qu'un cas particulier de l'erreur de droit ainsi entendue, et l'annulation pour détournement de pouvoir un moyen parmi d'autres de censurer les décisions fondées sur des motifs illégitimes. Il sanctionne les erreurs les plus conscientes ou les plus grossières, et par exemple le comportement d'une autorité administrative qui agit en vue de protéger des intérêts privés ou au contraire de nuire à un individu déterminé.

---

<sup>6</sup> Conseil d'Etat 11.12.1970 Crédit Foncier de France p. 750.

<sup>7</sup> C.E. 30.1.1959 Sieur GRANGE p.85

<sup>8</sup> C.E. 28.5.1954 Barel.

Les éléments de contrôle énumérés jusqu'à présent s'appliquent, de manière générale et sans exception, à toute décision administrative déférée au juge. Ils permettent à celui-ci de censurer toutes les déviations du pouvoir discrétionnaire. Ils ont pour trait commun de demeurer au strict plan de la légalité et de ne pas amener le juge à substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative compétente.

C. S'agissant de l'appréciation même à laquelle se livre l'autorité administrative, le contrôle du juge connaît des frontières moins tranchées et une évolution moins linéaire. Il marque cependant un progrès constant qui conduit à une remise en cause permanente de la distinction entre légalité et opportunité.

1°. Le contrôle du juge s'étend, en principe, à la qualification juridique des faits retenus par l'auteur de la décision, c'est-à-dire au point de savoir si ces faits étaient de nature à motiver légalement la décision.

Le juge détermine ainsi - et ce ne sont là que quelques exemples - si les faits reprochés à un fonctionnaire sont constitutifs d'une faute de nature à justifier légalement une sanction disciplinaire; si, compte tenu de son intérêt historique ou artistique, un monument peut légalement faire l'objet de la protection que constitue son classement comme «monument historique»; si la décision prise par une caisse de sécurité sociale compromet l'équilibre financier de cet organisme et si, dès lors, le ministre qui exerce sur cette caisse un pouvoir de tutelle a pu légalement suspendre l'application de cette décision.

Il est pourtant des domaines où, sous réserve de l'erreur manifeste d'appréciation dont il sera question plus loin, le juge ne contrôle pas la qualification juridique des faits mais seulement leur exactitude matérielle. Il exerce alors ce que l'on a coutume d'appeler, par opposition au «contrôle normal», un «contrôle restreint».

Il n'est pas aisé de délimiter le domaine de l'un et l'autre type de contrôle. La jurisprudence est à cet égard nuancée et en constante évolution. Quelques critères apparaissent cependant.

2°. Le juge est parfois contraint de s'en tenir à un contrôle restreint par les termes mêmes des textes législatifs ou réglementaires que les autorités administratives ont à appliquer. Lorsqu'un agrément administratif, qui conditionne l'exercice d'une activité ou comporte certains avantages est, aux termes mêmes du texte qui le prévoit, accordé discrétionnairement, les faits pouvant légalement motiver un octroi ou un refus ne sont pas suffisamment qualifiés pour permettre au juge d'exercer un contrôle de légalité sur cette qualification.

Pourtant le juge s'efforce de dégager des textes, si imprécis ou sommaires qu'ils soient, et en se référant à leur esprit, des critères juridiques. Il a été jugé, alors que la disposition législative qui prévoit la dissolution par décret de conseils municipaux ne fixe en rien les cas et conditions d'une telle mesure, que celle-ci ne peut être légalement motivée que par la nécessité d'assurer le fonctionnement de l'assemblée municipale<sup>9</sup>. Lorsqu'un texte dispose qu'une autorité ne peut rejeter une demande que pour des motifs sérieux ou légitimes, ou qu'elle est dotée de certains pouvoirs en cas d'urgence, le juge contrôle le sérieux et la légitimité des motifs ou l'appréciation de l'urgence faite par l'administration.

Le plus souvent, c'est le juge lui-même qui limite volontairement l'étendue de son contrôle.

Il refuse de se livrer à des appréciations de caractère technique pour lesquelles il estime être insuffisamment qualifié et où son intervention constituerait donc une garantie illusoire. Il n'exerce, par exemple, qu'un contrôle restreint sur le refus de visas à des produits pharmaceutiques ou sur les appréciations auxquelles se livrent les commissions de remembrement des propriétés agricoles pour classer les terres par nature de culture ou apprécier leur valeur culturelle.

---

<sup>9</sup> conseil d'Etat 9.11.1959 et 9.12.1964 ROSAN Girard p. 355 et 626.

Désirant laisser aux autorités compétentes une grande liberté d'action, il n'exerce qu'un contrôle restreint sur les décisions qui se rattachent à l'exercice du pouvoir de police générale de la sécurité publique.

Il en va encore de même lorsque le contrôle de la qualification juridique des faits amènerait le juge administratif à connaître du fonctionnement du service public judiciaire et par là à méconnaître la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Mais, pour des décisions de même nature, l'étendue du contrôle du juge pourra être différente selon que la décision porte ou non atteinte à des libertés fondamentales, ou selon que la personne concernée est ou non dans une situation juridique protégée lui conférant des droits. Le juge apprécie l'aptitude physique d'un fonctionnaire exclu du service à poursuivre ses fonctions, non celle d'un appelé à remplir ses obligations militaires; en dépit du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, il exerce aujourd'hui un contrôle normal sur les faits qui motivent une mesure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat.<sup>10</sup>

Plusieurs des critères esquissés peuvent ainsi se combiner. Les termes de la loi et la souci du juge de protéger le droit de propriété et la liberté de construire expliquent que les faits qui motivent la délivrance d'un permis de construire font l'objet d'un contrôle restreint, tandis que le juge contrôle la qualification juridique des faits dans le cas où le permis de construire a été refusé<sup>11</sup>.

Enfin un tout récent exemple montre le caractère évolutif et nuancé de la jurisprudence en cette matière. Soucieux de combler une lacune que l'opinion éclairée déplorait, le Conseil d'Etat vient de décider de soumettre au contrôle normal de juge de l'excès de pouvoir les faits reprochés à un délégué du personnel et au vu desquels l'inspecteur du travail ou le ministre du travail, son supérieur hiérarchique, accorde ou refuse à l'employeur l'autorisation de licencier ce salarié protégé par la loi, tout en maintenant un contrôle restreint sur les motifs d'intérêt général qui, même en cas de faute grave de l'intéressé, permettent à l'autorité administrative, en vertu de la loi, de s'opposer au licenciement<sup>12</sup>.

3°. Afin de remédier aux inconvénients les plus manifestes d'une absence de contrôle sur la qualification juridique des faits, le juge se reconnaît aujourd'hui, dans les domaines où il exerce son «contrôle restreint», le pouvoir de censurer les erreurs manifestes d'appréciation commises par l'auteur de la décision.

Apparue dans le contentieux de la fonction publique, cette notion d'erreur manifeste est aujourd'hui d'application générale. Elle a même été étendue à des mesures relevant de la police générale de la sécurité publique (interdiction de circulation, de distribution et de mise en vente de publications de provenance étrangère, expulsion d'un étranger).

Sans doute le nombre des annulations qu'elle provoque est-il très faible. Mais le contrôle de l'erreur manifeste constitue un moyen efficace de redresser des situations choquantes et de mettre l'administration en garde contre des erreurs grossières et des solutions déraisonnables. Le Conseil d'Etat a ainsi été amené à annuler la décision d'expulser un étranger motivée notamment par le fait que celui-ci était dépourvu de ressources et se livrait à des activités répréhensibles. Il a estimé, compte tenu de la situation matérielle et du comportement de l'intéressé, que le ministre de l'intérieur avait commis une erreur manifeste d'appréciation en déclarant que la présence de cet étranger sur la territoire national constituait une menace pour l'ordre public<sup>13</sup>.

D. Qu'il s'étende ou non à la qualification juridique des faits, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne porte pas sur l'opportunité de la décision prise.

Un moyen tiré de ce qu'une mesure aurait des conséquences regrettables n'est pas un moyen de légalité pouvant être utilement invoqué devant lui. S'il se prononce sur le caractère fautif des faits qui ont motivé une sanction

<sup>10</sup> Conseil d'Etat 16 janvier 1976 Dujardin.

<sup>11</sup> C.E. 29 mars 1968 Sté du lotissement de ta

plage de Pampelone p. 211.

<sup>12</sup> C.E. 5 mai 1976 SAFER d'Auvergne et Ministère de l'Agriculture.

<sup>13</sup> Conseil d'Etat 3.2.1975 Ministre de l'Intérieur c/PARDOV p. 83.

disciplinaire à rencontre d'un fonctionnaire, il ne se fait pas juge de l'opportunité de prononcer cette sanction ni du rapport qu'il peut y avoir entre la gravité de la faute et l'importance de la sanction prononcée. S'il lui appartient de dire qu'un projet de construction routière est d'utilité publique, il ne contrôle pas le choix de l'implantation ou du tracé de la voie ni celui des terrains à exproprier.

Cependant l'extension progressive du contrôle du juge fait apparaître combien cette notion d'opportunité est imprécise et contingente.

Tout l'effort a consisté à soumettre à des critères légaux l'appréciation à laquelle se livre l'autorité administrative. En confrontant à ces critères abstraits les faits de l'espèce tels que les lui révèle le dossier qui lui est soumis, le juge se livre à une opération intellectuelle de même nature que celle à laquelle avant lui s'est livré l'auteur de la décision, et va jusqu'à substituer l'appréciation du juge à celle de l'administration. Il n'y a pas de différence de nature entre l'analyse qui conduit le juge à se prononcer sur le caractère fautif d'un acte et celle par laquelle il déterminerait si la gravité de la sanction correspond à celle de la faute.

Deux exemples jurisprudentiels montrent la pénétration du contrôle du juge dans le domaine que l'on a coutume d'appeler celui de l'opportunité.

En présence d'une mesure de police portant atteinte à une liberté fondamentale, légalement protégée, comme la liberté de réunion ou la liberté d'expression, le juge ne vérifie pas seulement qu'il existait une menace de trouble pour l'ordre public ou pour les intérêts généraux dont l'autorité de police a la charge et si cette menace était de nature à justifier légalement l'intervention de cette autorité; il recherche aussi si la mesure prise était adaptée par sa nature et sa gravité à l'importance de cette menace<sup>14</sup>.

Plus récemment le Conseil d'Etat a énoncé la règle suivante:

Une opération de travaux publics ne peut légalement être déclarée d'utilité publique, et à ce titre entraîner des expropriations, que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier de l'opération et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente. C'est ainsi qu'opérant un arbitrage entre deux intérêts publics, celui de la circulation et celui de la santé publique, le Conseil d'Etat a annulé partiellement un décret déclarant d'utilité publique la construction d'une voie autoroutière en raison des atteintes graves que la proximité de cette voie eut portées au fonctionnement d'un établissement hospitalier<sup>15</sup>.

De la même manière le juge met en balance l'intérêt général d'une dérogation aux règles d'urbanisme et l'intérêt général que les prescriptions auxquelles il est dérogé ont pour objet de protéger<sup>16</sup>. Le contrôle de la qualification des faits se serait ici heurté à l'absence de tout critère de droit fixé par la loi. En matière de déclaration d'utilité publique, le juge aurait tout à la fois réduit à néant l'autonomie de l'administration et entrepris une tâche d'une extrême difficulté, s'il avait voulu se prononcer sur le caractère d'utilité publique de chaque projet en tenant compte de l'ensemble de ses caractéristiques et de chaque élément de son tracé.

En décidant de procéder, de manière globale, à un arbitrage entre les intérêts légitimes en présence, il a tenté d'exercer un contrôle qui ne soit ni illusoire ni tatillon sur des interventions de la puissance publique qui se caractérisent par l'ampleur des modifications qu'elles apportent au cadre de vie et par l'importance des troubles et des contraintes qu'elles causent aux citoyens.

### III. EFFICACITE DE CE CONTROLE

La juridiction administrative ayant déjà, en France, un long passé, l'opinion publique ne se pose pas le problème de savoir si l'activité administrative doit être soumise au contrôle du juge ni dans quelle mesure il y a compatibilité entre ce contrôle juridictionnel et la technique propre de l'action administrative.

---

<sup>14</sup> Conseil d'Etat 19 mars 1933 Benjamin p. 541 ; 24 janvier 1975 Ministre de l'information contre Sté Rome-Paris Films p. 57.

<sup>15</sup> Conseil d'Etat 20 novembre 1972 Sté Civile Sté Marie de l'Assomption p.557.

<sup>16</sup> Conseil d'Etat 18 juillet 1973 Ville de Li-moges p. 550.

Sensible à la présence permanente et à la puissance croissante de l'administration, elle ne considère pas, même lorsqu'elle perçoit clairement la différence entre légalité et opportunité, que le juge fasse preuve d'une audace excessive en étendant progressivement son contrôle sur le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives.

Le problème qu'elle se pose, et que doit se poser le juge lui-même, est celui de l'efficacité de ce contrôle.

Cette efficacité dépend tout d'abord de la teneur des décisions rendues et de leurs effets juridiques.

Or, si loin qu'il pousse ses investigations pour apprécier la légalité des décisions administratives et de leurs motifs, le juge administratif s'est toujours imposé de respecter l'indépendance de l'administration qui remplit une fonction sociale différente de la sienne. Ses pouvoirs s'en trouvent limités.

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir et constatant que ce recours est fondé, il prononce l'annulation de la décision attaquée qui est dès lors réputée n'être jamais intervenue. Mais il ne lui appartient pas de substituer à la décision annulée une décision différente ni de prescrire à l'administration d'agir. Une illégalité étant presque toujours considérée par lui comme constitutive d'une faute qui engage la responsabilité de l'administration, il peut allouer une indemnité à la personne qui le saisit d'un recours de pleine juridiction et à qui cette faute a causé un préjudice direct et certain. Mais il n'existe pas de mesures d'exécution forcée à l'égard de la personne morale de droit public qui se refuserait à exécuter une telle condamnation.

L'Etat exerçant un pouvoir de tutelle sur les autres personnes morales de droit public, et notamment les départements et les communes, il peut dans certains cas les contraindre à exécuter une décision de justice ou même à se substituer à elles. Mais ce pouvoir n'existe pas à l'égard des autorités administratives de l'Etat et il n'appartient pas au juge.

Cependant l'administration est juridiquement tenue de se conformer à la chose jugée. Elle commet une nouvelle faute en refusant d'exécuter une condamnation pécuniaire. Elle commet une nouvelle illégalité en fondant une seconde décision sur les motifs que le juge a déclarés erronés en droit ou en fait, ou en ne comblant pas le vide juridique qu'une annulation a pu créer. Le juge constatera cette illégalité ou cette faute de l'administration mais il ne dispose pas d'arme décisive contre ses réticences ou ses refus.

De toute manière le juge ne peut ni exercer un contrôle sur l'ensemble de l'activité administrative ni même effacer toutes les conséquences des erreurs qu'il constate.

Comme toute illégalité, la méconnaissance par une autorité administrative des limites de son pouvoir discrétionnaire ne sera censurée; que si la décision prise est déférée au juge, et par les moyens de droit qu'invoque le requérant. Le recours au juge administratif, n'étant pas suspensif, ne paralyse pas l'exécution de la décision contestée et la procédure par laquelle le juge peut ordonner qu'il soit sursis à cette exécution demeure exceptionnelle. Les délais nécessaires au jugement des affaires réduisent considérablement la portée des annulations, notamment en ce qui concerne les mesures de police. On ne tire pas toutes les conséquences d'une annulation lorsqu'elles paraissent démesurées : un immeuble dont la construction a été rendue possible par une dérogation illégale aux règles d'urbanisme ne sera pas détruit.

Le rôle le plus important que peut jouer le juge administratif est un rôle préventif. Mais cela suppose que son autorité soit respectée par l'administration.

Afin d'y parvenir, il veille à ne pas se comporter en censeur systématique et irresponsable.

Lorsque l'autorité administrative dotée d'un pouvoir discrétionnaire donne à sa décision plusieurs motifs, l'illégalité entachant l'un d'eux n'en-

traînera pas l'annulation de la décision si le juge a la conviction qu'en ne retenant que les motifs légitimes ou corrects l'auteur de cette décision aurait pris la même mesure. D'une manière plus générale, si sa mission de protecteur des administrés conduit le juge à étendre et à affiner son contrôle de la légalité, il ne s'en efforce pas moins d'user de ce droit de contrôle avec modération et discernement, se montrant plus exigeant lorsque pour les administrés l'enjeu est plus important, mais plus réservé lorsque la tâche de l'administration est complexe.

Dans l'ensemble, les administrations acceptent le contrôle juridictionnel ainsi conçu. Les décisions importantes ou nouvelles de la juridiction administrative sont largement diffusées dans les services intéressés. Certaines catégories de décisions souvent censurées cessent ensuite de donner lieu à des litiges. Si des impatiences ou des critiques se manifestent parfois, le juge est aussi considéré par l'administration comme un guide qui élucide la règle de droit et, dans les tensions qui existent inévitablement au sein de cette administration, comme un protecteur des plus faibles. Il contribue par sa présence et par sa jurisprudence à créer une déontologie de l'administration.